Die Anfechtbarkeit kommunalaufsichtlicher Akte durch Dritte

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Hans-Jürgen Vorbeck
aus Schwerin

1968

BAMBERGER FOTODRUCK
Rudolf Rodenbusch
BAMBERG

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547604_0048

Die Anfechtbarkeit kommunalaufsichtlicher Akte durch Dritte

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Hans-Jürgen Vorbeck
aus Schwerin

1968

BAMBERGER FOTODRUCK
Rudolf Rodenbusch
BAMBERG

Dekan: Professor Dr. Karl Peters

1. Berichterstatter: Professor Dr. Martin Heckel
(für Professor Dr. Adolf Schüle, ✝)

2. Berichterstatter: Professor Dr. Otto Bachof

Tag der mündlichen Prüfung: 11. Juli 1968

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Inhaltsübersicht

Seite

Einleitung 25

1. Abschnitt: Die Rechtsnatur der Akte der Kommunalaufsicht und ihre Auswirkung auf Dritte

A) Grundlagen der Verwaltungsaktseigenschaft der Kommunalaufsichtsmassnahmen und Abgrenzung zu anderen Erscheinungungsformen der Staatsaufsicht 28

I) Das Verhältnis zwischen Staat und kommunalen Körperschaften 28

1) Das kommunale Selbstverwaltungsrecht als Grundlage des Verhältnisses des Staates zu den Gemeinden 30

2) Die Staatsaufsicht als Korrelat des kommunalen Selbstverwaltungsrechts 34

a) Begriff und Arten der Staatsaufsicht 35
b) Kommunalaufsicht und Fachaufsicht 36
c) Sonderaufsicht 39

II) Die einzelnen Massnahmen der Kommunalaufsicht und ihre Auswirkungsmöglichkeiten auf Dritte 42

1) Allgemeine Charakterisierung 42

2) Die vorbereitenden Aufsichtsmittel 44

a) Informationsrecht 44
b) Vorlage- und Anzeigepflicht 46

3) Vorbeugende Aufsichtsmittel 47

a) Beratung 47
b) Genehmigungsvorbehalte 48

4) Repressive Aufsichtsmittel 56

a) Beanstandungs- und Anordnungsrecht 56

Seite

b) Ersatzvornahme 59

c) Bestellung eines Beauftragten und Auflösung der Gemeindevertretung 61

d) Abberufung des Bürgermeisters 64

e) Finanzsperre 65

f) Rechnungsprüfung 65

B) Zum Begriff des Dritten 66

2. Abschnitt: Rechtsbeeinträchtigung Dritter durch Verwaltungsakte im allgemeinen

1. Teil: Grundlagen 69

I) Die gesetzliche Regelung 69

II) Neuere Entwicklungstendenzen 72

2. Teil: Die Rechtsprechung zur Rechtsbeeinträchtigung Dritter 74

I) Abgrenzung blosser Interessen von rechtlich geschützten Interessen 74

II) Gewandelte Interessenwertung bei eingriffsermächtigenden Normen 78

III) Beispiele zur Verdeutlichung der Tendenz der Rechtsprechung 81

IV) Materielle und formelle Rechtsposition 82

V) Besondere Ausprägung der Rechtsbeeinträchtigung Dritter bei der Nachbarklage 85

VI) Verletzung privater Rechtspositionen Dritter 88

VII) Zusammenfassung der wichtigsten Grundsätze 89

Seite

3. Teil: Die Meinungen in der Literatur 90

I) Begriffsbestimmung 90

II) Zulässigkeit und Begründetheit der Klage im Hinblick auf die Rechtsbeeinträchtigung 90

III) Voraussetzungen der Rechtsbeeinträchtigung 94

1) Gesetzliche Regelung 94

2) Subjektives Recht 94

3) Rechtlich geschützte Interessen 97

4) Zur Terminologie 98

5) Neue Gedanken 99

3. Abschnitt: Rechtsbeeinträchtigung Dritter durch Aufsichtsakte der Kommunalaufsichtsbehörden

A) Grundlagen 105

B) Beanstandung und Anordnung 107

I) Der kommunale Vollzugsakt 107

II) Die Verfügung der Aufsichtsbehörde 108

III) Brauchbarkeit der bisher behandelten allgemeinen Grundsätze zur Rechtsbeeinträchtigung 110

IV) Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Rechtsbeeinträchtigung 118

V) Bedeutung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Rechtsbeeinträchtigung für Dritte bei Aufsichtsverfügungen 122

C) Die übrigen Aufsichtsmittel 132

Seite

D) Ergebnis: 134

4. Abschnitt: Die Verwaltungsaktseigenschaft der Aufsichtsakte der Kommunalaufsichtsbehörden im Verhältnis zu Dritten

A) Grundlegende Voraussetzungen 135

B) Der Grundsatz der unmittelbaren Rechtswirkung und seine Bedeutung für Akte der Beanstandung und Anordnung 137

I) Begriffsbestimmung und Anwendungsbereich 137

II) Bedeutung für die Beanstandungs- und Anordnungsverfügungen 139

III) Die Rechtsprechung zur Unmittelbarkeitswirkung 141

IV) Gesichtspunkte zur Begründung der Verwaltungsaktseigenschaft gegenüber Dritten 144

1) Die Bindungswirkung 145

2) Der Grundsatz der Verantwortlichkeit 151

3) Die Zuständigkeit 153

V) Gegen die Verwaltungsaktseigenschaft sprechende Gesichtspunkte 158

1) Die Kundmachungsfunktion 160

2) Der Grundsatz der Einheit der Staatsverwaltung 162

VI) Materiellrechtliche Norm als Grundlage der Verwaltungsaktseigenschaft gegenüber Dritten 164

C) Die Ersatzvornahme 178

Seite

D) Bestellung eines Beauftragten, Auflösung der Gemeindevertretung und Abberufung des Bürgermeisters 181

E) Die Genehmigungsvorbehalte 182

I) Die privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakte 183

II) Sonstige Fälle von Genehmigungsvorbehalten 186

F) Das Informationsrecht und die übrigen Aufsichtsmittel 190

G) Zusammenfassung 192

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O	=	am angegebenen Ort
ABl	=	Amtsblatt
Abs.	=	Absatz
a.M.	=	anderer Meinung
AO	=	(Reichs-)Abgabenordnung
AÖR	=	Archiv des öffentlichen Rechts (zitiert nach der gesamten Folge)
BayVerfGHE	=	Sammlung von Entscheidungen des bayerischen Verwaltungsgerichtshofs mit Entscheidungen des bayerischen Verfassungsgerichtshofs (zitiert wird die neue Folge).
BB	=	Der Betriebsberater
BBG	=	Bundesbeamtengesetz
BFH	=	Bundesfinanzhof
BFHE	=	Entscheidungssammlung des Bundesfinanzhofs
BGHZ	=	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bonner Kommentar	=	Kommentar zum Bonner Grundgesetz, herausgegeben von Bodo Dennewitz und Kurt G. Wernicke u.a., Hamburg 1954 ff
BVerfG	=	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	=	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	=	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BVerwG	=	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	=	Entscheidungssammlung des Bundesverwaltungsgerichts
BW-VerwBl	=	Baden-Württembergisches Verwaltungsblatt, Landesbeilage der Zeitschrift Die Öffentliche Verwaltung
Die Grundrechte	=	Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, herausgegeben von Karl-August Bettermann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner, Berlin 1954 ff
DJ	=	Deutsche Justiz
DÖV	=	Die öffentliche Verwaltung
DStZ	=	Deutsche Steuer-Zeitung

DV	=	Deutsche Verwaltung
DVBl	=	Deutsches Verwaltungsblatt
EFG	=	Sammlung von Entscheidungen der Finanzgerichte
FG	=	Finanzgericht
Gedächtnisschrift für W.Jellinek	=	Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, Band 6 der Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik e.V. Mainz, München 1955
GG	=	Grundgesetz
HdbDStR	=	Handbuch des deutschen Staatsrechts, herausgegeben von Gerhard Anschütz und Richard Thoma, Band 1 und 2 Tübingen 1930 und 1932
HWBKW	=	Handwörterbuch der Kommunalwissenschaften, herausgegeben von Josef Brise, Hugo Lindemann, Otto Most, Hugo Preuss, Albert Güdekurn, Jena Band I 1918, Band II 1922, Band III und IV 1924
HdbKWP	=	Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, herausgegeben von Hans Peters, Band 1, 2 und 3 Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1956, 1957 und 1959
JÖR	=	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart (zitiert wird nach der neuen Folge)
JuS	=	Juristische Schulung
JW	=	Juristische Wochenschrift
JZ	=	Juristenzeitung
Laforet-Festschrift	=	Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit, Festschrift für Wilhelm Laforet anlässlich seines 75. Geburtstages, Band 3 der Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik e.V. Mainz,München 1952
LG	=	Landgericht
MDR	=	Monatsschrift für Deutsches Recht

NJW	=	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	=	Oberlandesgericht
OVG	=	Oberverwaltungsgericht
Recht-Staat-Wirtschaft	=	Recht-Staat-Wirtschaft, Schriftenreihe des Innenministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen für staatswissenschaftliche Fortbildung, herausgegeben von Hermann Wandersleb, Band 2 Stuttgart und Köln 1950, Band 4 Düsseldorf 1953
Rdn	=	Randnote
RdNr	=	Randnummer
RGZ	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rspr.	=	Rechtsprechung
Schriftenreihe	=	Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe
SJZ	=	Süddeutsche Juristen-Zeitung
Staatsbürger und Staatsgewalt	=	Staatsbürger und Staatsgewalt, Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart. Jubiläumsschrift zum hundertjährigen Bestehen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit und zum zehnjährigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichts. Herausgegeben von Helmut R. Külz und Richard Neumann Band 1 und 2, Karlsruhe 1963
VerwArch	=	Verwaltungsarchiv (zitiert wird nach der gesamten Folge)
VerwPr	=	Verwaltungspraxis
VerwRspr.	=	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, Sammlung oberstrichterlicher Entscheidungen aus dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht
VGH	=	Verwaltungsgerichtshof
VVDStRL	=	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	=	Verwaltungsgerichtsordnung
WGZ	=	Württembergische Gemeindezeitung
ZBR	=	Zeitschrift für Beamtenrecht

Literaturverzeichnis

mit Zitierweise

Angres, Dieter = Die Rechtsnatur der Zustimmung nach § 9 Abs. 2 des Bundesfernstrassengesetzes, DÖV 1958, 75 ff

Bachof, Otto = Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, Tübingen 1951

= Reflexwirkungen und subjektiv-öffentliche Rechte im öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für W.Jellinek S. 287 ff

= Über einige Entwicklungstendenzen im gegenwärtigen deutschen Verwaltungsrecht, in: Staatsbürger und Staatsgewalt Bd. II 1963 S. 3 ff

= Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Ergänzter Abdruck der Rechtsprechungsberichte aus der Juristenzeitung 1957 und 1962/63, Tübingen 1963 (Zit.: Verfassungsrecht)

= Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung, Festschrift für W. Laforet S. 285 ff

Badura, Peter = Rechtsetzung durch Gemeinden, DÖV 1963, 561 ff

Becker, Erich = Die Selbstverwaltung als verfassungsrechtliche Grundlage der kommunalen Ordnung in Bund und Ländern, in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis Band 1 S. 113 ff

= Gemeindliche Selbstverwaltung, 1. Teil: Grundzüge der gemeindlichen Verfassungsgeschichte, Berlin 1941

= Kommunale Selbstverwaltung, in: Die Grundrechte, Band IV 2. Halbband 1962 S. 673 ff

Bender, Bernd = Aktuelles zur Problematik des gerichtlichen Nachbarschutzes im Baurecht, NJW 1966, 1989 ff

Bernhardt, Rudolf = Zur Anfechtung von Verwaltungsakten durch Dritte, JZ 1963, 302 ff

Bettermann,Karl August = Klagebefugnis und Aktivlegitimation im Anfechtungsprozess, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. II 1963 S.449 ff

= zur Lehre vom Folgenbeseitigungsanspruch, DÖV 1955, 528 ff

= zur Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze und zum Rechtsschutz des Bürgers gegen Rechtsetzungsakte der öffentlichen Gewalt, AÖR Bd. 86 (1961) S. 129 ff

Bochalli, Alfred = Besonderes Verwaltungsrecht, 2. Auflage Köln 1963

Böckenförde, Ernst-Wolfgang = Gesetz und gesetzgebende Gewalt, Schriften zum öffentlichen Recht Bd. 1 Berlin 1958

Bock, Ingeborg = Die Rechtsnatur der Genehmigung kommunaler Satzungen, BayVerwBl 1962, 369 ff

Brügelmann, E. u.a. = Bundesbaugesetz vom 23. Juni 1960, Bd. 1 Stuttgart 1963

Bühler, Ottmar = Altes und Neues über Begriff und Bedeutung der subjektiven öffentlichen Rechte, in: Gedächtnisschrift für W. Jellinek 1955 S. 269 ff

Bullinger, Martin = Die behördliche Genehmigung privater Rechtsgeschäfte und ihre Versagung, DÖV 1957, 761 ff

Clasen, Heinrich = Die Rechtslage bei ungenehmigten Bauten, NJW 1959, 752 ff

Czermak, Fritz = Behördenverfahren und Verwaltungsprozess beim Zusammenwirken mehrerer Behörden, NJW 1963, 703 f

Dellmann, Hansjörg = Zur Rechtsnatur der Satzungsgenehmigung, BaWü VerwBl 1966, 131 ff

Dörffler, Wolfgang = Verwaltungsakte mit Drittwirkung, NJW 1963, 14 ff

Elleringmann, Rudolf = Grundlagen der Kommunalverfassung und Kommunalaufsicht, in: Verwaltung und Wirtschaft, Schriftenreihe der westfälischen Verwaltungs- und Wirtschaftsakademien Heft 18, Stuttgart 1957 (zit.: Elleringmann)

Engelhardt, Hanns = Zur Klagebefugnis im Verwaltungsprozess, JZ 1961, 588 ff

Eyermann, Erich - Fröhler, Ludwig = Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 4. Auflage München und Berlin 1965 (zit.: Eyermann-Fröhler)

Evers, Hans-Ulrich = Die Nachbarklage im Baurecht, JuS 1962, 87 ff

Fleiner, Fritz = Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Auflage Tübingen 1928, Neudruck Aalen 1960

Forsthoff, Ernst = Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 9. Auflage München und Berlin 1966 (zit.: Lehrbuch), nunmehr insbesondere 7. Abschnitt: Das Recht der kommunalen Selbstverwaltung S. 487 ff

= Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat, Tübingen 1931

Friesenhahn, Ernst = Die rechtstaatlichen Grundlagen des Verwaltungsrechts. Recht, Staat, Wirtschaft, Band 2 (1950) S. 239 ff

Fuchs, Arthur = Wesen und Wirken der Kontrolle. Betrachtungen zum staatlichen Kontrollwesen in der Bundesrepublik, Tübingen 1966

Friauf, Karl-Heinrich = Die behördliche Zustimmung zu Verwaltungsakten anderer Behörden - Verwaltungsakt oder blosses Verwaltungsinternum? DÖV 1961, 666 ff

Fromm, Günter = Verwaltungsakte mit Doppelwirkung, VerwArch Band 56 (1965) S. 26 ff

= Zum Suspensiveffekt bei der Nachbarklage und in vergleichbaren Fällen, DVBl 1966, 241

Frischmann, Otto - Weingart, Olaf = Zur selbständigen Anfechtbarkeit behördlicher Mitwirkungsakte, DÖV 1962, 721

Galette, Alfons - Laux, Eberhardt = Kommentar zur Gemeindeordnung, Kreisordnung, Amtsordnung für Schleswig-Holstein, Wiesbaden 1961 (zit.: Galette-Laux)

Geiger, Willi = Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951, Kommentar, Berlin und Frankfurt (Main) 1952

Geller, Gregor - Kleinrahm, Kurt = Die Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen mit Nebengesetzen, 2. Auflage Göttingen 1964 (zit.: Geller-Kleinrahm)

Gierke, Otto = Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. I Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft, Berlin 1868 (Neudruck Darmstadt 1954), Bd. II, Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs, Berlin 1873 (Neudruck Graz 1954)

Giese, Erich - Schunck, Egon = Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 mit Erläuterungen, 7. Auflage Frankfurt (Main) 1965 (zit.: Giese-Schunck)

Giese, Friedrich = Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. neubearbeitete Auflage Tübingen 1952

Gneist, Rudolf = Selfgovernment, Communalverfassung und Verwaltungsgerichte in England, 3. Auflage Berlin 1871

= Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland, 2. Auflage Berlin 1879

Göbel, Kurt = Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, erläutert unter Mitwirkung von Karl Fröhner, Stuttgart 1956 (zit.: Göbel)

= Die Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Stuttgart 1953

Gönnenwein, Otto = Die Kommunalaufsicht als Rechtsaufsicht, Gedächtnisschrift für W. Jellinek, 1955 S. 511 ff

= Gemeinderecht, Tübingen 1963 (zit.: Gönnenwein)

Groebe, Klaus = Baugenehmigung und Anbauzustimmung nach § 9 Abs. 2 FStrG., DVBl 1959, 757 ff

Hamann, Andreas = Autonome Satzungen und Verfassungsrecht, Heidelberg 1958 (zit.: Autonome Satzungen)

= Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, Kommentar, 2. völlig neu bearbeitete und wesentlich erweiterte Auflage, Neuwied-Berlin-Darmstadt 1961 (zit.: Kom.)

Haueisen, Fritz = Die Einbeziehung Dritter in öffentlich-rechtliche Unterordnungsverhältnisse, DVBl 1962, 547 ff

= Die Stellung des Nachbarn im Baurecht, VerwPr 51, 101

= Verwaltungsakte mit mehreren Betroffenen, NJW 1964, 2037 ff

= Zum Problem des Vertrauensschutzes im Verwaltungsrecht, DVBl 1964, 710

Heinze, Christian = Das Zusammenwirken von Behörden beim Erlass von Verwaltungsakten, VerwArch Bd. 52 (1961) S. 159 ff, 275 ff

= Anm. zum Urteil des OVG Münster vom 11.4.1962 (DÖV 1962, 833), DÖV 1962, 834 ff

Heffter, Heinrich = Die Deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert, Stuttgart 1950

Helmreich, Karl = Bayerische Gemeindeordnung, Kommentar, begründet von Karl Helmreich, 3. Auflage von Julius Widtmann, München 1966 (zit.: Helmreich-Widtmann)

Hettlage, Karl-Maria = Der Gestalt- und Bedeutungswandel der gemeindlichen Selbstverwaltung seit 1919, in: Ordnung als Ziel, Beiträge zur Zeitgeschichte, herausgegeben von Robert Tillmanns, Stuttgart und Köln 1954

Hölzl, Josef-Rollwagen, Hans = Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern, Kommentar München 1952 (zit.: Hölzl-Rollwagen)

Hoffmann, Heinrich = Die Rechtsschutzbehauptung im Verwaltungsprozess, VerwArch Bd. 53 (1962) 297 ff

Huber, Ernst Rudolf = Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Auflage, Bd. 1 und 2 Tübingen 1953 - 1954

Jellinek, Georg = System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Auflage Tübingen 1905

Jellinek, Walter = Verwaltungsrecht, 3. Auflage Berlin 1931 mit Nachtrag Berlin 1934

Jesch, Dietrich = Gesetz und Verwaltung, Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 2 1961

= Rechtsstellung und Rechtsschutz der Gemeinden bei der Wahrnehmung "staatlicher" Aufgaben, DÖV 1960, 739 ff

Jung, Hans = Das Bauen im Aussenbereich, NJW 1962, 617 ff

Kiefer, Friedrich - Schmid, Karl = Die Deutsche Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935, Kommentar, Stuttgart und Berlin 1937 (zit.: Kiefer-Schmid)

Kienapfel, Diethelm = Die Fehlerhaftigkeit mehrstufiger Verwaltungsakte nach dem Bundesbaugesetz und dem Bundesfernstrassengesetz, DÖV 1963, 96 ff

Klinger, Hans = Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 2. Auflage Göttingen 1964

Kniestedt, Klaus = Nachbarklage und nachbarschaftliches Gemeinschaftsverhältnis, DÖV 1962, 89 ff

Köhler, Alexander = Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960, Kommentar, Berlin und Frankfurt (Main) 1960

Kottenberg, Kurt = Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, Handkommentar, 6. Auflage Siegburg 1961

Köttgen, Arnold = Die Krise der kommunalen Selbstverwaltung, Tübingen 1931

Kress = Über die subjektiv-öffentlichen Rechte des Bauherrn und seines Nachbarn in Württemberg, VerwPr 53, 17

Kunze, Richard - Schmid, Carl = Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, Kommentar, 2. Auflage 1964 (zit.: Kunze-Schmid)

Laforet, Wilhelm = Deutsches Verwaltungsrecht, München und Leipzig 1937

Lohr, Valentin = Satzungsgewalt und Staatsaufsicht, in: Verwaltung und Wirtschaft, Heft 28, Stuttgart 1963

Lüke, Gerhard = Die Abgrenzung der Klagebefugnis im Verwaltungsprozess, AÖR Bd. 84, 185 ff

von Mangoldt, Hermann - Klein, Friedrich = Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Berlin und Frankfurt, Bd. I 1957, Bd. II 1964

Marschall, Ernst A. = Bundesfernstrassengesetz, Köln- Berlin - Bonn - München 1963

Maunz, Theodor - Dürig, Günter = Grundgesetz, Kommentar, München und Berlin Bd. I und II, 1961 ff, 1966

Mayer, Otto = Deutsches Verwaltungsrecht, 1. und 2. Bd. 3. Auflage, München und Leipzig 1924

Menger, Christian - Friedrich = Das Gesetz als Norm und Massnahme, VVDStRL Heft 15 S. 3 ff

= System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954

= Über die Identität des Rechtsgrunds der Staatshaftungsklagen und einiger Verwaltungsstreitsachen, Gedächtnisschrift für W. Jellinek S. 347 ff

Miltner, Karl = Die Genehmigungsvorbehalte nach dem geltenden Recht der Kommunalaufsicht

	unter besonderer Berücksichtigung von Baden-Württemberg, Diss. jur. Heidelberg 1956
Mörtel, Georg	= Auswirkungen der veränderten Generalklausel auf Verwaltung und Rechtsprechung, in: Wandlungen der rechtstaatlichen Verwaltung, Schriften der Hochschule Speyer, Bd. 13 S. 137 ff
	= Grenzfälle des Verwaltungsakts, BayVBl 1956, 321 ff und 362 ff
Muntzke, Hans - Schlempp, Hans	= Kommentar zur hessischen Gemeindeordnung mit Handbuch des Gemeinderechts, Bd. I, Bad Homburg und Berlin 1954 (zit.: Muntzke-Schlempp)
Nedden, Gerhard	= Die Mitwirkung der obersten Landesstrassenbaubehörde bei der Genehmigung von Bauten im Schutzbereich der Bundesfernstrassen, DÖV 1959, 525 ff
Obermayer, Klaus	= Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, Stuttgart - München - Hannover 1956
	= Zur Rechtsstellung des Nachbarn im Baurecht und zum Folgenbeseitigungsanspruch, JuS 1963, 110
Obermayer - Mang	= Mang, Johann - Maunz, Theodor - Mayer, Franz - Obermayer, Klaus, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, V. Abschnitt: Kommunalrecht S. 259 ff von Klaus Obermayer, München 1962 (zit.: Obermayer-Mang)
Pagenkopf, Hans	= Einführung in die Kommunalwissenschaft, Aschendorffs Juristische Handbücherei Bd. 63, Münster 1961
Peters, Hans	= Der Dritte im Baurecht, DÖV 1965, 744 ff
	= Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preussen, Berlin 1926 (zit.: Grenzen)
	= Lehrbuch der Verwaltung, Berlin - Göttingen - Heidelberg 1949
Pfeiffer, Gerd	= Die Verfassungsbeschwerde in der Praxis, Essen 1959
Pietzonka, Desiderius	= Probleme des Bundesbaugesetzes, NJW 1961, 1425 ff
Preuss, Hugo	= Das städtische Amtsrecht in Preussen, Berlin 1902
Pünder, Hermann	= Die deutschen Gemeinden gestern, heute und morgen, Köln 1948
Redeker - v. Oertzen	= Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar,

2. Auflage Stuttgart 1965 (zit.: Redeker - v. Oertzen)

Rosin, Heinrich = Das Recht der öffentlichen Genossenschaft, Freiburg 1886

Rupp, Hans-Heinrich = Grundlagen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübingen 1965

Salzmann, Heinrich - Schunck, Egon = Das Selbstverwaltungsgesetz für Rheinland-Pfalz in der Neufassung vom 5. Oktober 1954, Kommentar, 2. Auflage Siegburg 1955

Schäfer, Gerhard = Der Widerruf begünstigender Verwaltungsakte, Marburg 1960

Schattenfroh = Deutsche Gemeindeordnung, München - Berlin - Leipzig 1935

Scheerbarth, Walter = Das allgemeine Bauordnungsrecht, Köln 1962

Schneider, Ludwig = Gemeinderecht in Hessen, 2. Auflage Göttingen 1961

Schrödter, Hans = Das Zusammenwirken der Behörden im Baugenehmigungsverfahren, DVBl 62, 743 ff

Schuegraf, Elmar = Das Rechtsverhältnis zwischen Staat und Gemeinde beim Erlass gemeinsamer Verwaltungsakte, DVBl 1961, 654

= Der mehrstufige Verwaltungsakt, NJW 1966, 177 ff

Schüle, Adolf = Staat und Selbstverwaltung in England, Die Kommunalaufsicht der Zentralbehörden, Berlin 1933

Schunck, Egon - De Clerck, Hans = Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar Siegburg 1961

Sellmann, Martin = Die Problematik der Verwaltungsakte mit Doppelwirkung, NJW 1964, 1545 ff

= Entwicklung und Problematik der öffentlich-rechtlichen Nachbarklage im Baurecht, DVBl 1963, 273 ff

Stich, Rudolf = Einvernehmen und Zustimmung, DVBl 1963, 193 ff

Surén, Friedrich-Karl = Die Gemeindeordnungen in der Bundesrepublik, ein systematisch vergleichender Gesamtkommentar, Bd. II, Gemeindewirtschaftsrecht, Köln - Berlin - München - Bonn 1960

Surén, Karl-Friedrich, Loschelder, Wilhelm = Die Deutsche Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935, Kommentar, 2 Bände, 2. Auflage Berlin 1940

Thoma, Richard	= Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmässigkeit von Verwaltung und Rechtsprechung, HdbDStR Bd. 2 S. 221 ff
	= Das System der subjektiven öffentlichen Rechte und Pflichten, HdbDStR Bd. 2 S. 607 ff
Triepel, Heinrich	= Die Reichsaufsicht, Berlin 1917
Ule, Carl Hermann	= Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: M. von Brauchitsch, Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, Bd. I 2. Halbband, 2. Auflage Köln 1962
	= Verwaltungsprozessrecht, 4. Auflage München und Berlin 1966
Walter, Moritz	= Die Grundlagen und Grenzen der gemeindlichen Satzung unter besonderer Berücksichtigung der Steuersatzung, Diss. jur. Würzburg 1956
Weber, Werner	= Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, Heft 9, 1953
Wolff, Hans-Julius	= Organschaft und juristische Person, Berlin Bd. I 1933, Bd. II 1934
	= Verwaltungsrecht, Ein Studienbuch, München und Berlin, Bd. I 6. Auflage 1965, Bd. II 1962, Bd. III 1966
Zuhorn, Karl	= Probleme der Kommunalaufsicht, in: Recht, Staat, Wirtschaft, Bd. IV 1953
Zuhorn, Karl - Hoppe, Werner	= Gemeindeverfassung (Das Gemeinderecht in Nordrhein-Westfalen, Bd. I) 2. Auflage, Siegburg 1962

Einleitung

Die Gemeinden als unterste, selbständige Glieder im Verwaltungsaufbau des Staates erfüllen wichtige hoheitliche und wirtschaftliche Aufgaben. Sie bilden die demokratisch organisierte Grundlage des Staates, auf der sich die weiteren staatlichen Verwaltungsträger aufbauen. Sie stehen auf den verschiedensten Gebieten in unmittelbarer Berührung mit der Bevölkerung, erlassen als Träger hoheitlicher Verwaltung Verwaltungsakte und regeln durch Satzungen die in ihren Selbstverwaltungsbereich fallenden örtlichen Angelegenheiten.
Allerdings ist der Tätigkeitsbereich der Gemeinden nicht ohne Schranken. Sie sind in den Verwaltungsaufbau des Staates eingegliedert und durch die staatlichen Gesetze beschränkt.
Um die Einhaltung dieser gesetzlichen Schranken zu sichern, unterliegen sie der Staatsaufsicht, die von den Bundesländern ausgeübt wird. Diese Staatsaufsicht kann zu Akten gegenüber den Gemeinden führen, die auch Rechte und Interessen Dritter beeinträchtigen können. Ob und unter welchen Voraussetzungen hier ein Dritter Anfechtungsmöglichkeiten besitzt, sind schwierige Rechtsfragen, die durch diese Untersuchung einer Lösung zugeführt werden sollen.

Die zulässigen Aufsichtsmassnahmen des Staates sind gesetzlich festgelegt. Ihre rechtliche Ausgestaltung ist sehr unterschiedlich, sodass sich die Anfechtungsmöglichkeiten Dritter verschieden darstellen, je nachdem welches Aufsichtsmittel die Aufsichtsbehörde angewendet hat. Es kann deshalb nicht eine generelle Überprüfung sämtlicher Aufsichtsmittel stattfinden, sondern jedes Aufsichtsmittel muss aufgrund seiner besonderen Rechtsnatur einzeln überprüft werden. Es wird sich jedoch zeigen, dass verschiedene Gruppen von Aufsichtsmassnahmen festzustellen sind, die ähnlichen Regeln folgen.

Grundlegende Voraussetzung der Klagebefugnis Dritter ist, dass diese sich gegen einen Verwaltungsakt wenden. Als Ausgangspunkt

ist deshalb zunächst die Rechtsnatur der einzelnen Aufsichtsmassnahmen zu klären. Sie wird bestimmt durch das staatlich-kommunale Verhältnis, insbesondere das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden. Zugleich damit ist zu prüfen, inwieweit diese Akte Dritte überhaupt beeinträchtigen können. Auszuscheiden sind alle Massnahmen staatlicher Aufsicht, die, wie die Bereiche der Fachaufsicht oder Sonderaufsicht, nicht zur Kommunalaufsicht gehören.

Anschliessend bedarf die umstrittene Rechtsfrage zu § 42 II VwGO, unter welchen Voraussetzungen ein Dritter als in seinen Rechten beeinträchtigt angesehen werden kann, näherer Erläuterung. Es wird sich zeigen, dass die dabei gewonnenen allgemeinen Grundsätze nicht ohne weiteres auf die Aufsichtsmassnahmen der Kommunalaufsichtsbehörden angewendet werden können, vor allem nicht auf Beanstandungs- und Anordnungsverfügungen. Als massgebende Gesichtspunkte erweisen sich die Grundsätze der Unmittelbarkeit der Rechtsbeeinträchtigung und der unmittelbaren rechtlichen Aussenwirkung eines Verwaltungsakts. Soweit Aufsichtsmassnahmen noch eines besonderen Vollzugsaktes der Gemeinde gegenüber dem Bürger, dem Dritten, bedürfen, ist grundsätzlich eine Klagebefugnis Dritter gegen den aufsichtsbehördlichen Akt ausgeschlossen. Bei anderen Aufsichtsakten ist grundsätzlich eine Klagemöglichkeit Dritter gegeben, soweit sie Verwaltungsakte sind, die den Dritten unmittelbar in seinen Rechten beeinträchtigen.
Das ist bei jedem der verschiedenen Aufsichtsmittel gesondert festzustellen. Der Umfang der Anfechtungsmöglichkeiten und der Kreis der Anfechtungsberechtigten ist infolge der unterschiedlichen Rechtsnatur der einzelnen Aufsichtsmassnahmen nicht einheitlich.

1. Abschnitt:

Die Rechtsnatur der Akte der Kommunalaufsicht und ihre Auswirkung auf Dritte

Ausgangspunkt und Angelpunkt für die Fragestellung nach den Anfechtungsmöglichkeiten von Kommunalaufsichtsakten durch Dritte ist die Regelung der Klagebefugnis in § 42 Abs. 2 VwGO. Hier ist bestimmt, dass eine Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage nur zulässig ist, wenn der Kläger geltend macht, durch einen Verwaltungsakt oder seine Ablehnung oder Unterlassung in seinen Rechten verletzt zu sein. Diese Voraussetzungen gelten auch für die Anfechtung kommunalaufsichtlicher Akte. Grundlegendes Erfordernis jeder Klagemöglichkeit bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen ist danach das Vorliegen eines Verwaltungsaktes. Es kommt deshalb für die Frage, ob Dritte eine Klagebefugnis gegen Aufsichtsakte haben können, zunächst entscheidend darauf an, ob diese Akte überhaupt Verwaltungsakte darstellen können. Nur soweit das der Fall ist, kann dann eine Rechtsbeeinträchtigung Dritter zur Klagebefugnis führen, wenn die Beeinträchtigung der Rechtssphäre des Dritten auf dem Verwaltungsakt beruht.

Zwar haben die Gemeinden durch Sondervorschriften[1)] in den einzelnen Gemeindeordnungen die Möglichkeit eingeräumt erhalten, gegen Verfügungen auf dem Gebiet der Kommunalaufsicht - das bedeutet: gegen Akte der Aufsichtsbehörde, die den Selbstverwaltungsbereich der Gemeinden betreffen - im verwaltungsgerichtlichen Verfahren vorzugehen. Diese Klarstellung der Rechtslage für die Gemeinden hilft aber nicht weiter für die Klagebefugnis Dritter, also alle natürlichen oder juristischen Personen ausser der durch die Aufsichtsverfügung betroffenen Gemeinde selbst, die sich durch die nicht an sie adressierte Massnahme in ihren Rechten betroffen fühlen und deshalb gegen die Massnahme vorgehen möchten. Diese Sondervorschriften betreffen nur die Gemeinden und den Schutz ihres Selbstverwaltungsrechts.
Dritten Personen ist durch besondere Vorschriften des Gemeinderechts keine Klagemöglichkeit eröffnet. Sie können eine Anfechtungsklage nur auf die allgemeine Bestimmung des § 42 VwGO

---

1) z.B. BW § 125 GO; Bay Art. 119, 120 GO; Hs § 142 GO; RP § 125 GO

stützen, indem sie geltend machen, durch einen Verwaltungsakt in ihren Rechten verletzt zu sein (§ 42 II VwGO). Für einen Dritten kommt es deshalb entscheidend darauf an, ob die angefochtene Massnahme der staatlichen Behörde ein Verwaltungsakt ist. Für die weiteren Erörterungen ist aus diesem Grunde die Frage von Bedeutung, ob die Akte der Aufsichtsbehörde gegenüber den Gemeinden, gegen die der Dritte im Wege der Klage vorgehen will, im Verhältnis zu ihm Verwaltungsakte sind oder sein können. Nur wenn diese grundlegende Voraussetzung erfüllt ist, sind die weiteren Voraussetzungen der Klagebefugnis Dritter von Interesse.

A) Grundlagen der Verwaltungsaktseigenschaft der Kommunalaufsichtsmassnahmen und Abgrenzung zu anderen Erscheinungsformen der Staatsaufsicht

Aufsichtsmassnahmen sind Akte des Staates, die gegenüber selbständigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, den Gemeinden, ergehen. Die Beantwortung der Frage, ob derartige Akte, die sich im öffentlichrechtlichen Bereich zwischen Staat und Gemeinden, nicht im Bereich des Staates zum Bürger abspielen, Verwaltungsakte im Verhältnis zur Gemeinde und darüberhinaus auch im Verhältnis zum Bürger sein können, hängt zunächst von der rechtlichen Ausgestaltung des Verhältnisses des Staats zu den Gemeinden ab, vor allem davon, inwieweit den kommunalen Körperschaften Rechte zustehen, die vor staatlichen Eingriffen geschützt sind, und in welchem Umfang der Staat gegen die mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Gemeinden vorgehen kann.

I) Das Verhältnis zwischen Staat und kommunalen Körperschaften

Die Gemeinden und Gemeindeverbände bilden die untersten Stufen der öffentlichen Verwaltung mit weitgehenden hoheitlichen und auch wirtschaftlichen Funktionen. Besonders die Gemeinden werden vielfach zu Recht als die Grundlagen des Staates bezeichnet,

denn ein demokratisches Staatswesen beruht nicht nur auf der parlamentarischen Regierungsform, sondern ebenso auf den demokratisch ausgerichteten, untersten und volksnächsten Stufen des Verwaltungsaufbaues, den Gemeinden und Gemeindeverbänden. Auf dieser Grundlage bauen sich die weiteren staatlichen Verwaltungsträger auf. Vor allem die Gemeinden stehen auf den verschiedensten Gebieten in unmittelbarer Berührung mit der Bevölkerung. Sie erlassen als Träger hoheitlicher Verwaltung Verwaltungsakte, die für die Betroffenen belastend und begünstigend sein können. Sie haben rechtsetzende Befugnisse zum Erlass von Satzungen, und sie sind als Teilnehmer am wirtschaftlichen Leben von grosser Bedeutung.

Als selbständige Glieder im Verwaltungsaufbau des Staates ist ihr Tätigkeitsbereich jedoch nicht ohne Schranken. Die Gemeinden sind in den Staat eingegliedert und durch die staatlichen Gesetze beschränkt. Der Einhaltung dieser gesetzlichen Schranken dient die Staatsaufsicht.
Neben der Staatsaufsicht über die Gemeinden gibt es auch eine Staatsaufsicht über die Gemeindeverbände[1], die grundsätzlich alle überörtlichen Aufgaben wahrzunehmen haben[2] bzw. solche Aufgaben, die die Leistungsfähigkeit der kreisangehörigen Gemeinden übersteigen[3]. Für die Aufsicht des Staates über die Gemeindeverbände gelten die Grundsätze der Aufsicht über die Gemeinden weitgehend entsprechend [4]. Die Erörterungen über die Staatsaufsicht und die Akte der Kommunalaufsichtsbehörde gegenüber den Gemeinden gelten deshalb in entsprechender Weise auch für die Gemeindeverbände, soweit für diese keine Sonderregelungen bestehen. Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich jedoch auf die Akte der Aufsichtsbehörden gegenüber den Gemeinden.

---

1) Vgl. z.B. § 44 bw LKrO
2) Vgl. Verf. Art. 78 II NRh-W, LKrO § 2 I; Bay Art. 1, 4 LKrO; NS § 2 LKrO, RP § 3 LKrO
3) BW § 2 I LKrO; Hess § 2 LKrO; SH § 2 LKrO
4) Vgl. z.B. § 44 bw LKrO

1) Das kommunale Selbstverwaltungsrecht als Grundlage des Verhältnisses des Staates zu den Gemeinden

Im Bundesrecht wie im Landesrecht finden sich gesetzliche Bestimmungen über die kommunale Selbstverwaltung. Nach der Regelung des Grundgesetzes in Art. 28 II 1 "muss den Gemeinden das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln".
Durch seinen Satz 1 in Art. 28 Abs. 2 gewährleistet das Grundgesetz den Gemeinden das Recht der Selbstverwaltung[1]. Das Selbstverwaltungsrecht ist das grundlegende Merkmal für die Rechtsstellung der Gemeinde und deren Verhältnis zum Staat.
Über das Wesen der Selbstverwaltung gibt es jedoch sehr verschiedenartige Ansichten. Da die Ausgestaltung der kommunalen Selbstverwaltung infolge der verschiedenen Bedürfnisse und Möglichkeiten nach Zeit und Ort sehr verschieden ist, haben sich seit dem 19. Jahrhundert, in dem der Begriff "Selbstverwaltung" sich allmählich zu entwickeln begann, bis heute viele gegensätzliche Meinungen bilden können[2].
Der auf die Gemeinden bezogene Begriff der Selbstverwaltung[3] wird in mehrfachem Sinn gebraucht. Es wird vor allem der Begriff der Selbstverwaltung im politischen Sinn einerseits, auch als staatsbürgerliche Selbstverwaltung[4] oder als bürgerschaftliche Selbstverwaltung[5] bezeichnet, einem Begriff der Selbstverwaltung im Rechtssinne andererseits, besser körperschaftliche Selbstverwaltung[6] genannt, gegenübergestellt.

---

1) Hamann, Kom. S. 238 mit weiteren Nachweisen
2) Eine Zusammenstellung dieser Meinungen findet sich bei E. Becker, Kommunale Selbstverwaltung, in: Die Grundrechte, Bd. IV 2 S. 677 ff
3) Die berufsständische oder wirtschaftliche Selbstverwaltung bedeutet etwas anderes, vgl. Gönnenwein S. 4.
4) Ausdruck von O. Bühler, vgl. dazu Ellerингmann, Grundlagen der Kommunalverfassung und Kommunalaufsicht S. 13
5) Vgl. § 1, II bw GO
6) Gönnenwein S. 6

Unter dem Begriff der "Selbstverwaltung im politischen Sinn", der auf die Anschauungen Rudolf von Gneists zurückgeht[1], versteht man heute die Wahrnehmung von Aufgaben der Verwaltung durch unbesoldete, ehrenamtlich tätige Personen aus der Bevölkerung im Gegensatz zu berufsmässig angestellten Beamten und Fachkräften[2]. Da sich dieser Begriff vorwiegend als politisches Prinzip darstellt[3], der juristisch schwer fassbar ist, hat sich bis heute der juristische Selbstverwaltungsbegriff mehr und mehr durchsetzen können[4]. Das Wesen der Selbstverwaltung in diesem Sinn besteht in der Wahrnehmung von Verwaltungsgeschäften, die eigentlich zum Aufgabenbereich des Staates gehören, durch körperschaftlich organisierte, rechtsfähige Verbände[5]. Durch diese Trennung in Selbstverwaltungskörper einerseits und Staat andererseits wurde ein rechtlich fassbarer Begriff geschaffen. Sofern der Gesetzgeber heute von "Selbstverwaltung" spricht, ist darunter regelmässig nur eine Selbstverwaltung im juristischen Sinn zu verstehen[6].
Versteht man die Selbstverwaltung in diesem Sinne, so ist ein Wesensmerkmal der kommunalen Selbstverwaltung die Eigenverantwortlichkeit der Selbstverwaltungskörperschaft[7]. Davon geht

---

1) Vgl. R.v. Gneist, Selfgovernment, Communalverfassung und Verwaltungsgerichte in England, 3. Aufl. Berlin 1871 S. 882 ff; ders.: Verwaltung, Justiz, Rechtsweg, Staatsverwaltung und Selbstverwaltung, Berlin 1869 S. 101
2) Hans-J. Wolff, VerwR II S. 135
3) Lohr, Satzungsgewalt und Staatsaufsicht S. 140
4) Forsthoff, Lehrbuch S. 440; Hans-J. Wolff a.a.O.; Becker bei Peters, HdbKWP, Bd. 1 S. 116
5) Lohr a.a.O. S. 140; Forsthoff a.a.O.
6) Lohr a.a.O. S. 141; Geller-Kleinrahm, Die Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, 1950, S. 324
7) E.Becker, Kommunale Selbstverwaltung, S. 718; Gönnenwein S. 38; Köttgen bei Peters, HdbKWP Bd. 1, S. 210

auch das Grundgesetz aus, wenn es in Art. 28 II 1 bestimmt, dass den Gemeinden das Recht gewährleistet sein müsse, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze "in eigener Verantwortung" zu regeln. Unter dem Begriff "Verantwortung" ist hier etwas anderes zu verstehen als im Parlaments- und Beamtenrecht[1]. Diese eigene Verantwortung der Gemeinde bei der Wahrnehmung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft ist in organisationsrechtlichem Sinn aufzufassen. Sie bedeutet, dass die Gemeinde in ihrem eigenen Aufgabenkreis nicht in die Hierarchie des staatlichen Behördenaufbaus hineingestellt ist. Sie steht ausserhalb des Instanzenzugs der unmittelbaren Staatsbehörden und schuldet daher hinsichtlich der Politik, die sie innerhalb ihres Wirkungskreises treibt und für alle Einzelmassnahmen dem Staat gegenüber keine Verantwortung. Den Gemeinden steht ein Recht auf eigene Willensbildung in allen Selbstverwaltungsangelegenheiten zu[2]. Im Gegensatz dazu steht der übertragene Wirkungskreis bzw. die Pflichtaufgaben nach Weisung, wo die Gemeinden den staatlichen Weisungen Folge zu leisten haben.

Wenn das Grundgesetz den Gemeinden das Selbstverwaltungsrecht nur "im Rahmen der Gesetze" gewährt, so soll damit die Einordnung der Gemeinden in das Gesamtgefüge des Staates zum Ausdruck gebracht werden. Die Gemeinden sind nicht Selbstzweck, sondern ihre individuelle Freiheit findet ihre Begrenzung in der Rücksicht auf die Wohlfahrt des Volksganzen[3]. Durch staatliche Gesetze ist deshalb eine Einschränkung des Umfangs der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft möglich[4], aber der Gesetzgeber kann nicht über die kommunalen Funktionen disponieren, die wesensgemäss dazu bestimmt sind, die kommunale Selbstverwaltung in Gang zu halten[5].

---

1) Köttgen a.a.O.; Gönnenwein a.a.O.
2) Wernicke im Bonner Komm., Art. 28 II 2 b (S.7)
3) Kunze-Schmid S. 773
4) Maunz-Dürig, Art. 28 RdNr. 31
5) E.Becker a.a.O. S. 731

Da in Art. 28 II GG von "allen Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" die Rede ist, will das Grundgesetz damit die sogenannte Allzuständigkeit der Gemeinde gewährleisten. Diese ist aber nicht absolut, sondern besteht nur im Rahmen der Gesetze. Was zur örtlichen Gemeinschaft gehört, kann nur entwicklungsgeschichtlich bestimmt werden und ist entsprechend den örtlichen und zeitlichen Verhältnissen verschieden[1].

Wenn es im Grundgesetz heisst: "Alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft ... regeln", ist damit nicht eindeutig gesagt, ob darin auch ein Recht der Gemeinde zur Setzung von Rechtsnormen enthalten sein soll[2]. Mit der überwiegenden Auffassung, die die Begriffe Selbstverwaltung und Selbstgesetzgebung als von einander abhängig oder als zusammengehörig ansieht[3], was zu Recht aus der geschichtlichen Entwicklung der Selbstverwaltung und Autonomie hergeleitet wird, ist davon auszugehen, dass das Selbstverwaltungsrecht die Befugnis zur Selbstgesetzgebung mitenthält[4].

Die Landesverfassungen[5] und die Gemeindeordnungen der Länder[6] bringen genauere Einzelheiten über die Rechtsnatur der Gemeinden, so vor allem, dass sie Gebietskörperschaften darstellen. Das Landesverfassungsrecht enthält auch die Grundlagen der Staatsaufsicht.

---

1) BVerfG, DVBl 1960, 633; BVerfGE 7, 364
2) Ablehnend: Wernicke a.a.O. Art. 28 A II 2 b (S. 7); Giese-Schunck 5. Aufl. 1960 S. 65 f; Forsthoff, Lehrbuch S. 446; Pagenkopf, Einführung S. 85 f; Peters, Lehrbuch der Verwaltung S. 287; E. Becker a.a.O. S. 723
3) Z.B. Maunz-Dürig, Art. 28 RdNr. 35, Hamann, Komm. S. 241; ders.: Autonome Satzungen S. 21, 49, 67; Gönnenwein, Gedächtnisschrift für W. Jellinek S. 517 Anm. 33 und Lehrbuch S. 144; v. Mangoldt-Klein I S. 707; Hans-J. Wolff, Verw.R II 137, 152; Kunze-Schmid S. 55; Göbel S. 14; Elleringmann S. 32; Fleiner, Institutionen S. 79 f
4) Vgl. auch die Begründung des BVerwG in E 6, 247 ff (252)
5) Bay Art 11, III; Brem Art. 144; NS Art 44, I; NW Art. 78, I
6) BW § 1, IV; Hess § 1, II; RP § 1; SH § 1, II

2) Die Staatsaufsicht als Korrelat des kommunalen Selbstverwaltungsrechts

Nachdem nunmehr die wesentlichen Grundlagen des für die Gemeinden so bedeutenden, umfassenden Selbstverwaltungsrechts dargelegt wurden, muss jetzt die allgemeine Begrenzung dieses Selbstverwaltungsrechts näher bestimmt werden, um so das Verhältnis des Staats zu den Gemeinden abschliessend darstellen zu können, das für die Rechtsnatur der Aufsichtsakte grundlegende Bedeutung hat.
Trotz der rechtlichen Selbständigkeit der Gemeinden als juristische Personen des öffentlichen Rechts sind sie Glieder und Grundlage der höchsten Gemeinschaft, des Staates, und müssen sich deshalb in die Ordnung des Staates einfügen. Ein entscheidendes Merkmal dieser Eingliederung liegt in der Unterwerfung der Gemeinden unter die staatliche Gesetzgebung. Da Art. 28 II GG die Selbstverwaltung nur im Rahmen der Gesetze garantiert, ist die Gemeinde, wenn sie tätig werden will, wie alle anderen der Staatsgewalt unterworfenen Personen an die gesetzlichen Grenzen gebunden.
Soweit der Staat durch seine Gesetzgebung dafür sorgt, dass die eigenverantwortlichen Akte der Gemeinden sich auf ihre eigenen Angelegenheiten beschränken und nicht höherwertige Interessen der Allgemeinheit beeinträchtigen[1], so genügt das für sich allein noch nicht. Es muss nämlich befürchtet werden, dass die Gesetze im Einzelfall nicht beachtet werden und damit die Eingliederung der Gemeinden in den Staat praktisch wirkungslos bleibt. Die Steuerung durch die Gesetzgebung bedarf deshalb einer wichtigen Ergänzung: der Staat muss mit besonderen Aufsichtsbehörden darüber wachen, dass die eigenverantwortlichen Körperschaften die gesetzlichen Grenzen einhalten[2].
Diesem Zweck dient die Staatsaufsicht. Sie soll auch im Bereich der Selbstverwaltungskörperschaften die Einhaltung des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit der Verwaltung sicherstellen. Da sie eine zu überwachende, untergeordnete Institution voraussetzt,

---

1) Vgl. Ellerингmann S. 43
2) Vgl. Kunze-Schmid S. 774

die ihre eigenen Angelegenheiten in bestimmtem Rahmen selbstverantwortlich regelt, ist die Staatsaufsicht zu Recht vielfach als das begriffliche und praktische Korrelat zur Selbstverwaltung bezeichnet worden[1].

a) Begriff und Arten der Staatsaufsicht

Eine Staatsaufsicht im weitesten Sinn umfasst die gesamte Einflussnahme des Staates auf die Tätigkeit der Selbstverwaltungsträger. Sie taucht im kommunalen Bereich in verschiedenen Erscheinungsformen auf. Man unterscheidet eine Staatsaufsicht bei Weisungsaufgaben[2], die als Fachaufsicht ausgestaltet ist, und eine Aufsicht in Selbstverwaltungsangelegenheiten, die als "Kommunalaufsicht" bezeichnet wird. Diese grundlegende Unterscheidung der modernen, dem "Weinheimer Entwurf" von 1948 folgenden Gemeindeordnungen[3] beruht heute nicht mehr auf einer Gegenüberstellung eines eigenen und eines übertragenen Wirkungskreises[4]. Im Gegensatz dazu unterscheidet die Mehrzahl der Landesverfassungen und Gemeindeordnungen auch heute noch einen eigenen und übertragenen Wirkungskreis der Gemeinden im Sinn eines Dualismus der Gemeindeaufgaben. Diese herkömmliche Konzeption führt zu einer Gegenüberstellung von Auftrags- und Selbstverwaltungsangelegenheiten[5]. Das Begriffspaar wird allerdings heute vom Gesetzgeber nur noch selten gebraucht. In Auftragsangelegenheiten wird Fachaufsicht, in Selbstverwaltungsangelegenheiten Kommunalaufsicht ausgeübt.
Neben diesen beiden Arten staatlicher Aufsicht wird zum Teil noch eine Sonderaufsicht unterschieden. Der Gegenstand dieser Untersuchung betrifft nur die Anfechtbarkeit der Akte der Kommunalaufsicht. Es sind deshalb zunächst die Massnahmen der Fachaufsicht davon abzugrenzen und auszuscheiden.

---

1) Ellerингmann S. 45; Hans-J. Wolff, VerwR II S. 155; Gönnenwein, Gedächtnisschrift für W. Jellinek S. 511; Peters, Lehrbuch der Verwaltung S. 317; Zuhorn, Probleme der Kommunalaufsicht, in: Recht, Staat, Wirtschaft Bd. 4 S. 247 ff; Köttgen, VerwArch 39. Bd. (1934) S. 160
2) § 2, III bwGO
3) BW, Hess, NW, SH
4) Vgl. Bachof, JZ 1966, 790; Jesch, Rechtsstellung und Rechtsschutz der Gemeinden bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben, DÖV 1960, 739 ff
5) Vgl. z.B. Bay: Art. 11, III Verf., Art 8 GO; RP § 2, II GO; NW § 116 GO; NS Art. 44, V Verf.

b)Kommunalaufsicht und Fachaufsicht

Kommunalaufsicht wird ausgeübt über den Bereich der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, für den ein allseitiges Selbstverwaltungsrecht den Gemeinden verfassungsrechtlich garantiert ist. Es steht den Gemeinden hier frei, ob und in welchem Umfang sie bestimmte Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft in Angriff nehmen wollen. Der Gesetzgeber kann den Gemeinden aber einzelne, für den Staat wichtige Angelegenheiten als Pflichtaufgaben auferlegen. Sie werden dadurch nicht zu einer Art Auftragsangelegenheiten[1], denn dadurch ist nur die Freiwilligkeit hinsichtlich der Inangriffnahme der Aufgaben beseitigt, aber der Gemeinde bleibt es überlassen, wie sie die Aufgaben durchführen will. Derartige Pflichtaufgaben sind daher zum eigenen Wirkungskreis der Gemeinden zu rechnen.

Die dem Weinheimer Entwurf folgenden Gemeindeordnungen haben die Stellung der Gemeinden bei der Durchführung übertragener staatlicher Aufgaben wesentlich verändert[2]. Alle Aufgaben, die die Gemeinden durchführen, sind hier fortan Gemeindeaufgaben[3]. Sie unterfallen deshalb der Kommunalaufsicht. Allerdings können den Gemeinden bestimmte Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung (Weisungsaufgaben) auferlegt werden, wobei der Umfang des Weisungsrechts von der gesetzlichen Bestimmung im Einzelfall abhängt. Insoweit besteht Fachaufsicht. Es gibt deshalb in diesem Bereich kein grundsätzlich unbeschränktes Weisungsrecht und damit keine unbeschränkte Zweckmässigkeitskontrolle durch die staatlichen Behörden mehr. Damit ist die staatliche Auftragsverwaltung in eine weisungsgebundene Gemeindeverwaltung umgewandelt worden[4]. Ist allerdings für eine bestimmte Materie ein unbeschränktes Weisungsrecht gesetzlich festgelegt, dann ist kein wesentlicher Unterschied zu einer Auftragsangelegenheit im herkömmlichen Sinn festzustellen, denn es besteht jeweils eine unbeschränkte Zweckmässigkeitskontrolle.

---

1) Vgl. aber W. Jellinek, Verwaltungsrecht S. 531
2) Vgl. Jesch a.a.O S. 741; Zuhorn-Hoppe S. 76 ff
3) Vgl. § 2 bw GO
4) Gönnenwein S. 105. Das BVerwG hat diese Wandlung bisher ignoriert: BVerwGE 19, 121; dazu Bachof, JZ 1966, 790; ebenso BVerfG 6,99; richtig dagegen OVG Münster, AS 13, 356 (359)

Diese veränderten Grundlagen sind von erheblicher Bedeutung für die Kommunalaufsicht und die Fachaufsicht. So verliert das Institut der Fachaufsicht im kommunalen Bereich an Bedeutung durch das Zurückgehen des unbeschränkten Weisungsrechts im Bereich der seitherigen Auftragsangelegenheiten, während sich die Kommunalaufsicht auf weitere Gebiete ausdehnt.

Der Bereich der Auftragsangelegenheiten bzw. der Weisungsaufgaben bildet die Grundlage für das Bestehen und den Umfang der Fachaufsicht im kommunalen Bereich[1]. Die Kommunalaufsicht bezieht sich dagegen auf den eigenen Wirkungskreis der Gemeinden[2].

Das einzige gemeinsame Element, das sowohl die Fachaufsicht wie die Kommunalaufsicht kennzeichnet, besteht darin, dass beide Aufsichtsarten eine Körperschafts- und nicht eine Organaufsicht darstellen[3]. Im übrigen bestehen aber grundlegende Unterschiede sowohl hinsichtlich des Inhalts der Aufsicht wie hinsichtlich der Aufsichtsbehörden[4].
Die Fachaufsicht ist verglichen mit der Kommunalaufsicht die weitaus stärkere Form des staatlichen Eingriffs in den gemeindlichen Bereich. Sie sichert die Durchführung der staatlichen Gesetze im Bereich der Weisungsaufgaben. Während die Kommunalaufsicht auf eine reine Rechtskontrolle beschränkt ist, gewährt die Fachaufsicht auch eine Kontrolle und Einflussnahme auf die Zweckmässigkeit der gemeindlichen Verwaltungsführung. Bei ihr steht das Fachlich-Gegenständliche im Vordergrund[5], deshalb sind auch die zuständigen Fachminister des betreffenden Verwaltungszweigs Aufsichtsbehörden. Da Gegenstand dieser Untersuchung nur die Anfechtbarkeit der Akte der Kommunalaufsicht ist, müssen die Massnahmen der Fachaufsicht, die weder organisationsrechtlich noch inhaltlich etwas mit den kommunalaufsichtlichen Akten gemein haben, bei den weiteren Erörterungen ausser Betracht bleiben.

---

1) Vgl. Hans-J. Wolff, VerwR II S. 164
2) Gönnenwein S. 174
3) Pagenkopf, Einführung in die Kommunalwissenschaft S. 226
4) Elleringmann S. 88
5) Elleringmann a.a.O.

Die Akte der Kommunalaufsicht stellen einen ganz anderen Bereich staatlicher Aufsicht dar. Schon organisatorisch sind hier nicht die betreffenden Fachminister zuständig, sondern die Kommunalaufsicht über kreisangehörige Gemeinden wird in der Regel durch die untere, allgemeine, staatliche Verwaltungsbehörde ausgeübt[1]. Aber auch das Wesen der Kommunalaufsicht unterscheidet sich grundlegend von dem der Fachaufsicht. Die Kommunalaufsicht bezieht sich auf den durch die Selbstverwaltungsgarantie geschützten eigenen Wirkungskreis der Gemeinden. Der Schutz des Wesensgehaltes der Selbstverwaltung durch Art. 28, Abs. 2 GG bewirkt, dass die Kommunalaufsicht nicht generell als Zweckmässigkeitsaufsicht ausgestaltet werden kann, weil das praktisch zu einer vollen Lenkungsgewalt des Staates führen würde. Die Kommunalaufsicht ist deshalb heute als Gesetzmässigkeitsaufsicht zu charakterisieren[2]. Auch die Verfassungen und Gemeindeordnungen der Länder haben die Kommunalaufsicht in diesem Sinn ausgestaltet[3]. So wird die Kommunalaufsicht in Baden-Württemberg und Bayern ausdrücklich als Rechtsaufsicht bezeichnet[4]. Allerdings ist dieser Grundsatz durchweg nicht ausnahmslos durchgeführt, denn es gibt eine Reihe verschiedener Fälle in den einzelnen Ländern, in denen die Rechtsaufsichtsbehörden auch eine Zweckmässigkeitskontrolle ausüben[5]. Das Schwergewicht der Kommunalaufsicht liegt aber keineswegs bei den Massnahmen der Gesetzmässigkeitsaufsicht, sondern vielmehr in einer Gesetzwidrigkeiten vorbeugenden Beratung der Gemeinden[6].

---

1) durch das Landratsamt in: BW § 119 GO; Bay Art. 110 GO; RP § 118 GO; durch den Landrat in: Hess § 136 III GO; Saarland § 129 GO; SH § 121 GO; durch den Oberkreisdirektor in: NS § 57 I Zi. 6 LKrO; NW § 48 LKrO
2) Gönnenwein, Gedächtnisschrift für Jellinek S. 511 ff; Muntzke-Schlempp S. 324, 326; Pagenkopf a.a.O. S. 225
3) BW Art. 75 I Verf; Bay Art. 83 IV Verf.; Bremen Art. 147 II Verf.; Hess Art. 137 III Verf.; NS Art. 44 V vorl. Verf.; NW Art. 78 IV Verf.; RP Art. 49 III Verf.; SH Art. 127 Verf.
4) BW § 118 I GO; Bay Art. 109 I GO
5) Z.B. BW Art. 75 Verf.
6) Hans-J. Wolff a.a.O. S. 155 ; Kunze-Schmid S. 785

c) Sonderaufsicht

Heute wird bei der Staatsaufsicht im kommunalen Bereich nicht nur die Fachaufsicht und die Kommunalaufsicht, sondern weitgehend auch eine "Sonderaufsicht" unterschieden[1]. Da sie eine besondere Art der Aufsicht im Bereich der Selbstverwaltungsangelegenheiten darstellt, ist zu untersuchen, ob sie der allgemeinen Kommunalaufsicht gleichzusetzen ist oder ob ihre Akte wie diejenigen der Fachaufsicht von den weiteren Untersuchungen auszugrenzen sind.

Unter Sonderaufsicht versteht man allgemein die anderen Stellen als den Kommunalaufsichtsbehörden eingeräumte Aufsicht in Selbstverwaltungsangelegenheiten[2]. Der Gesetzgeber hat diesen Begriff nur in einem einzigen Gesetz, der nordrhein-westfälischen Gemeindeordnung[3], verwendet, und er bedeutet dort in Abweichung von der üblichen Terminologie so viel wie "Fachaufsicht" im Zusammenhang mit den Pflichtaufgaben nach Weisung[4].
Wesentlich für die Sonderaufsicht ist, dass sie eine besondere Art der Aufsicht im Bereich der Selbstverwaltungsangelegenheiten darstellt. Sonderaufsicht sind die sich aus allgemeinen Gesetzen ergebenden Aufsichtsbefugnisse, denen auch die Gemeinde wie jede andere natürliche oder juristische Person unterliegt.

Im übrigen wird der Begriff in verschiedenem Sinn gebraucht. Ein Teil der Meinungen geht davon aus, dass die Sonderaufsicht ein Teilbereich der Kommunalaufsicht sei und deshalb auch unter diesen Begriff falle[5]. Es soll sich hier um einen Sonderbereich der Kommunalaufsicht handeln, der mit der allgemeinen

---

1) Elleringmann S. 83; Muntzke-Schlempp S.325; Salzmann-Schunck S. 348; Kunze-Schmid S. 779; Pagenkopf a.a.O.S. 226; Gönnenwein S. 206
2) Muntzke-Schlempp S. 327; Salzmann-Schunck a.a.O; anders Pagenkopf a.a.O., wonach die Sonderaufsicht sich auf die den Gemeinden übertragenen staatlichen Auftragsangelegenheiten beziehen und eine Zweckmässigkeitsaufsicht einschliessen soll. Hier handelt es sich jedoch um Fachaufsicht. Nur für die besondere Rechtslage der nw GO trifft diese Ansicht zu.
3) § 106 II
4) Kottenberg S. 445
5) Elleringmann S. 83, der entgegen der üblichen Terminologie eine "allgemeine", eine "besondere" und eine "Sonderaufsicht" unterscheidet.

Kommunalaufsicht nicht viel gemein habe. Diese Ansicht ist deshalb von erheblicher Tragweite, weil heute die Kommunalaufsicht durch die Landesverfassungen auf eine Gesetzmässigkeitskontrolle beschränkt ist. Durch Gegenüberstellung einer Sonderaufsicht und einer allgemeinen Kommunalaufsicht kann die Wirksamkeit dieser Verfassungsvorschriften stark eingeengt werden, wenn man bestimmte Aufsichtsmittel, wie etwa die Genehmigungsvorbehalte, nicht zu den Mitteln der allgemeinen Kommunalaufsicht, sondern zur Sonderaufsicht rechnet[1], weil das Gebot der Gesetzmässigkeitsaufsicht den Bereich der Sonderaufsicht nicht umfasst. Das ist vor allem versucht worden durch Heranziehung der Lehre von den staatlichen Mitwirkungsrechten[2], die seit Inkrafttreten der Landesverfassungen nach dem zweiten Weltkrieg wieder zunehmend aufgelebt ist.

Eine andere Ansicht bezieht die Sonderaufsicht nicht in den Bereich der Kommunalaufsicht ein[3]. Aufsichtsrechte des Staats, die sich aus allgemeinen Gesetzen ergeben, die nicht speziell auf das Verhältnis des Staats zu den Gemeinden zugeschnitten sind, sondern die gegenüber allen juristischen oder natürlichen Personen ausgeübt werden können, wenn diese eine bestimmte, vom Gesetz geregelte Tätigkeit durchführen, sind nach dieser Ansicht keine Kommunalaufsicht.
Dass eine derartige Sonderaufsicht mit der Kommunalaufsicht nicht identisch ist, ergibt der Sinn der Vorschriften über die Kommunalaufsicht. Denn diese ist als allgemeine Aufsicht zur Überwachung der gesamten Tätigkeit der Gemeinden in dem besonderen staatlich-kommunalen Verhältnis vorgesehen, während Aufsichtsbefugnisse, die mit dem Verhältnis des Staats zu den Gemeinden an sich überhaupt nichts zu tun haben, die gegenüber jedermann ausgeübt werden können, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, nicht einfach unter einen erweiterten Begriff der Kommunalaufsicht einbezogen werden können, um so eine Gegenüberstellung von "allgemeinen" und "Sonderaufsichtsmitteln" zu erreichen. Die Sonderaufsicht beruht auf einer anderen Basis

---

1) so Forsthoff, Lehrbuch S. 535
2) E.Becker, HdbKWP I S. 172 f; ders. Kommunale Selbstverwaltung 719 ff, 737
3) Helmreich-Widtmann S. 604; Gönnenwein S. 206

als die Kommunalaufsicht. Die Tatsache allein, dass es sich beidesmal um staatliche Aufsicht über Selbstverwaltungsangelegenheiten handelt, ist für die Begriffsbestimmung der Kommunalaufsicht nicht ausreichend. Entscheidend ist, dass die Kommunalaufsicht eine speziell für das staatlich-kommunale Verhältnis geschaffene, allgemeine Aufsicht über den gesamten Tätigkeitsbereich der Gemeinden ist. Eine Sonderaufsicht, die nur dann rein zufällig den Selbstverwaltungsbereich einer Gemeinde trifft, wenn diese eine bestimmte Tätigkeit durchführt, die das die Sonderaufsicht enthaltende, allgemeine Gesetz erfasst, hat mit Kommunalaufsicht nichts gemein. Selbst Elleringmann scheint Bedenken zu haben, wenn er von "nur noch losem Zusammenhang" mit der allgemeinen Kommunalaufsicht spricht[1].

Dass die Sonderaufsicht nicht zur Kommunalaufsicht gehört, zeigt auch die Tatsache, dass sie zumeist Sonderbereiche mit besonderer Eigenart, bei denen die Kontrolle durch die Fachressorts erforderlich ist[2], betrifft. Das Fachlich-Gegenständliche steht ähnlich der Fachaufsicht im Vordergrund[3]. Selbst die Vertreter der Auffassung, die die Sonderaufsicht in den Begriff der Kommunalaufsicht einbeziehen, sprechen in den Fällen der Sonderaufsicht nicht von "Kommunalaufsichtsbehörden". Es handelt sich hierbei um einen allgemein üblichen Terminus technicus zur Bezeichnung der Behörden, die die allgemeine staatliche Aufsicht über den gesamten Selbstverwaltungsbereich der Gemeinden ausüben. Akte der Sonderaufsicht sind nach diesen Erwägungen daher nicht Gegenstand dieser Untersuchung. Sie gehören nicht zur Kommunalaufsicht.

---

1) a.a.O. S. 45
2) Muntzke-Schlempp S. 327
3) Elleringmann S. 83

II) Die einzelnen Massnahmen der Kommunalaufsicht und ihre Auswirkungsmöglichkeiten auf Dritte

1) Allgemeine Charakterisierung

Nachdem nunmehr die Kommunalaufsicht als allgemeine staatliche Aufsicht über den Selbstverwaltungsbereich der Gemeinden bestimmt worden ist, sind die Massnahmen der Kommunalaufsichtsbehörden aufzuzeigen, mit denen diese gegenüber den Gemeinden und, soweit möglich, auch gegenüber Dritten vorgehen können. Von der Rechtsnatur dieser im einzelnen recht unterschiedlichen Massnahmen, die in den Gemeindeordnungen der Länder jeweils in einem besonderen Abschnitt geregelt sind, hängt die Anfechtbarkeit durch Dritte ab. Diese allgemeinen Schutz- und Eingriffsrechte der Aufsichtsbehörde sind im einzelnen das Informationsrecht, das Beanstandungs- und Anordnungsrecht, die Ersatzvornahme und die Bestellung eines Beauftragten. In einigen Gemeindeordnungen ist die Auflösung der Gemeindevertretung oder eine Finanzsperre vorgesehen. Als Ausfluss der Schutzfunktion ist auch ohne gesetzliche Festlegung[1] die Beratung ein wichtiges Instrument der Kommunalaufsicht.
Der Wortlaut der einzelnen Gemeindeordnungen, die der Formulierung des § 106 DGO folgen, ist missverständlich, denn danach bezieht sich die Kommunalaufsicht nur auf die "Verwaltung" der Gemeinden[2]. Wenn man jedoch den Sinn der Kommunalaufsicht berücksichtigt, der darin besteht, die gesamte eigenverantwortliche Tätigkeit der Gemeinden auf ihre Gesetzmässigkeit hin zu überprüfen, so kann der Begriff "verwalten" nur im weitesten Sinn ausgelegt werden. Es müssen darunter auch alle Selbstgesetzgebungsakte der Gemeinde fallen, da diese, weil sie grossenteils nicht genehmigungspflichtig, sondern allenfalls anzeigepflichtig sind[3], überhaupt nicht überprüft und mit den Mitteln der Kommunalaufsicht in gesetzmässige Bahnen gelenkt werden könnten[4].

---

1) Ausnahme nur Bayern: Art. 108 GO
2) Vgl. z.B. § 118 I BW GO
3) BW § 4 III GO
4) Vgl. Lohr, Satzungsgewalt und Staatsaufsicht S. 79

Neben den allgemeinen Schutz- und Eingriffsrechten stehen den Kommunalaufsichtsbehörden auch besondere Mitwirkungs- und Entscheidungsrechte zu. Sie sind zu finden bei bestimmten Genehmigungs- und Bestätigungsvorbehalten. Voraussetzung ist jedoch, dass eine über die reine Rechtsaufsicht hinausgehende staatliche Mitwirkung der Kommunalaufsichtsbehörden ausdrücklich durch die Landesverfassung vorgesehen ist[1].

Die systematische und begriffliche Einteilung der Aufsichtsmassnahmen ist in sehr verschiedenartiger Weise versucht worden. So wird zwischen "positiven und negativen"[2] oder zwischen "präventiven und repressiven"[3] Aufsichtsmitteln unterschieden. Andere gliedern auf in "fördernde und erhaltende"[4] oder in "ordentliche und ausserordentliche"[5] Aufsichtsmassnahmen[6].

Keiner der vielfältigen Einteilungsversuche hat sich bis heute allgemein durchsetzen können[7]. Vom Zweck und der Wirkung der Einflussnahme her betrachtet, erscheint die von Gönnenwein[8] vorgenommene Systematisierung in vorbereitende, vorbeugende und repressive Aufsichtsmittel als die brauchbarste Einteilungsmöglichkeit.

---

1) BW Verf.Art. 75 I 2; in diesem Sinn auch Gönnenwein, Die Kommunalaufsicht als Rechtsaufsicht, Ged.Schrift für W. Jellinek S. 511 ff; Miltner, Der Genehmigungsvorbehalt nach dem geltenden Recht der Kommunalaufsicht unter besonderer Berücksichtigung von Baden-Württemberg, Diss. jur. Heidelberg 1956; a.A. Forsthoff, Lehrbuch S. 535
2) Preuss, Das Städtische Amtsrecht in Preussen, Berlin 1902 S. 160
3) Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 1914 S. 105; Gierke, Das Deutsche Genossenschaftsrecht Bd. I S. 659 ff
4) Triepel, Die Reichsaufsicht, Berlin 1917 S. 481 ff
5) Becker, HdbKWP Bd. I S. 168
6) Weit. Einteilungen: O. Mayer, Verwaltungsrecht Bd. II S.395 und Peters, Grenzen S. 233
7) Vgl. Muntzke-Schlempp S. 324 Anm. 1
8) a.a.O. S. 183

2) Die vorbereitenden Aufsichtsmittel

Zu ihnen gehört das Informationsrecht und die Vorlage- und Anzeigepflicht. Diese Massnahmen haben den Zweck, die Überwachung der gemeindlichen Tätigkeit zu erleichtern, damit die Aufsichtsbehörden wissen, wann ein Einschreiten erforderlich ist. Wenn der Verdacht der Verletzung des geltenden Rechts durch eine Gemeinde auftaucht, müssen die Aufsichtsbehörden die Möglichkeit besitzen, nähere Nachforschungen anzustellen, insbesondere müssen sie die Gemeinden veranlassen können, die nötigen Aufschlüsse zu geben und Einsicht in die internen Vorgänge bei der Gemeinde zu gestatten.

a) Diesem Zweck dient das Informationsrecht[1]. Dieses Recht erstreckt sich auf alle weisungsfreien Angelegenheiten der Gemeinden, auf Weisungsaufgaben nur in Ausnahmefällen[2]. Die gebräuchlichen Informationsmittel sind gesetzlich nicht bestimmt. Es ist in das pflichtgemässe Ermessen der Aufsichtsbehörde gestellt, auf welche Weise sie sich zuverlässig und zweckmässig unterrichten will. Regelmässig wird sie von der Gemeinde Auskunft verlangen. Üblich ist hierbei, dass die Vorlage von Akten oder sonstigen Unterlagen, sowie ein mündlicher oder schriftlicher Bericht erbeten werden. Es können aber auch Prüfungen und Besichtigungen an Ort und Stelle erfolgen. Dem Informationsrecht der Aufsichtsbehörde entspricht die Pflicht der betroffenen Gemeinde, in dem für die Unterrichtung der Aufsichtsbehörde erforderlichen Umfang Auskunft zu erteilen[3].

Es ist nun fraglich, inwieweit diese Informationsmassnahmen der Gemeinde gegenüber Verwaltungsakte darstellen, die Dritte in ihren Rechten oder ihrem Interessenbereich berühren können. Als Verwaltungsakte sind alle einseitigen hoheitlichen Massnahmen der Verwaltungsbehörden anzusehen, die zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts getroffen werden

---

1) BW § 120 GO; Bay Art. 111 GO; Hess § 137 GO; NS § 128 GO; NW § 107 GO; RP § 120 GO; SH § 122 GO
2) Z.B. im Falle des § 129 II bwGO
3) Pagenkopf a.a.O. S. 228; Gönnenwein S. 184; Kunze-Schmid S. 789

und die auf eine unmittelbare Rechtswirkung nach aussen gerichtet sind[1].

Die rein tatsächlichen Massnahmen, mit denen sich die Aufsichtsbehörde informiert, wie z.B. die Einsicht in gemeindliche Akten, die Besichtigung einer gemeindlichen Anlage und dergleichen, stellen keine Verwaltungsakte in diesem Sinn dar, weil hier eine hoheitliche Regelung eines Einzelfalls fehlt. Diese Handlungen erschöpfen sich in rein tatsächlichen Verwaltungsverrichtungen, die nicht unter den Begriff des Verwaltungsakts fallen[2].
Ganz anders verhält es sich aber, wenn die Aufsichtsbehörde aufgrund ihres Informationsrechtes von der Gemeinde im Einzelfall etwas verlangt[3], z.B. einen Bericht über eine bestimmte Angelegenheit, die Übersendung von Gemeindeakten, die Gestattung der Einsichtnahme an Ort und Stelle oder das Dulden einer Besichtigung gemeindlicher Einrichtungen. Hier wird die staatliche Aufsichtsbehörde hoheitlich gegenüber der Gemeinde tätig, sie greift in die Rechtsstellung, das Selbstverwaltungsrecht der juristischen Person Gemeinde ein und regelt verbindlich einen Einzelfall[4]. Ein derartiges Informationsbegehren ist Ausfluss des Informationsrechts, keine Anordnung, die sich gegen bereits bekannte Gesetzesverletzungen der Gemeinde wendet, während das Informationsbegehren nur die tatsächlichen Voraussetzungen dafür schaffen soll, dass die Aufsichtsbehörde klären kann, ob eine Gesetzesverletzung vorliegt[5].

Nun erscheint es zunächst so, als ob beim Informationsrecht niemals im Verhältnis zu Dritten ein Verwaltungsakt vorliegen bzw. rechtlich geschützte Interessen Dritter verletzt sein

---

1) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch S. 199; ferner § 27 Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes 1963
2) Vgl. Forsthoff a.a.O. S. 191
3) Ebenso Gönnenwein S. 215 FussN 3
4) Vgl. dazu Ule, Verwaltungsprozessrecht S. 128; Hans-J. Wolff, VerwR I § 46 VII b; Eyermann-Fröhler, RdNr. 53 zu § 42 VwGO; Klinger § 42 E I 3c mit weiteren Nachweisen
5) Anders Kunz-Schmid S. 789 für befristete Aufforderungen zur Auskunftserteilung

können, weil dieses Aufsichtsmittel ausschliesslich für das Verhältnis des Staats zu den Gemeinden von Bedeutung ist, denn es soll der Aufsichtsbehörde ermöglichen, sich in geeigneter Weise zu unterrichten. Aber es sind Fälle denkbar, dass eine Aufsichtsbehörde im Wege eines Informationsbegehrens von einer Gemeinde Aufklärung über Punkte verlangt, auf deren Kenntnis sie kein Recht hat, z.B. über Tatsachen, bei denen eine Schweigepflicht besteht, wie etwa bei ärztlichen Untersuchungsbefunden. Das wäre der Fall, wenn die Aufsichtsbehörde zusammen mit den Personalakten eines Gemeindebeamten einen ärztlichen Untersuchungsbefund über dessen Gesundheitszustand, der sich bei den Personalakten befindet, zur Einsicht anfordert. Hier ist es fraglich, ob der Dritte, der Gemeindebeamte, über dessen Untersuchungsbefund die Aufsichtsbehörde entgegen seinem Willen Aufklärung verlangt, gegen das Informationsbegehren, das der Gemeinde gegenüber ein Verwaltungsakt ist, weil in ihre Personalhoheit, ihren Selbstverwaltungsbereich eingegriffen wird, im Wege der Anfechtungsklage vorgehen kann. Denn er wird durch eine unzulässige Weitergabe der der Schweigepflicht unterliegenden Tatsachen möglicherweise in seinen Rechten verletzt. Es zeigt sich, dass selbst bei Informationsbegehren im Einzelfall einmal eine Rechtsbeeinträchtigung Dritter auftauchen kann und damit die schwierige Rechtsfrage, ob ihnen eine Klagebefugnis gegen derartige Aufsichtsmassnahmen zusteht.
Die Beantwortung kann erst erfolgen, wenn erörtert und geklärt ist, ob die Grundsätze über die Klagebefugnis Dritter nach § 42 II VwGO auf die im internen Verhältnis des Staates zu den Gemeinden entspringenden Aufsichtsmassnahmen anzuwenden sind, oder ob dieses besondere öffentlich-rechtliche Verhältnis ein Anfechtungsrecht dritter Personen ausschliesst.

b) Bei einem anderen vorbereitenden Aufsichtsmittel, der Vorlage- und Anzeigepflicht, liegen ganz andere Voraussetzungen vor. Die Gemeinden haben von allen genehmigungspflichtigen Beschlüssen, aber zum Teil auch für nicht genehmigungspflichtige Vorhaben den Aufsichtsbehörden von sich aus Mitteilung zu machen. A nzeigepflichtig sind vor allem die Errichtung und wesentliche Erweiterung von wirtschaftlichen Unternehmen und der Erlass

von Satzungen[1], soweit diese nicht genehmigungspflichtig sind. Bei diesen Pflichten der Gemeinde handelt es sich aber um Pflichten, die ihr kraft Gesetzes auferlegt sind und nicht durch einen aufsichtsbehördlichen Akt. In diesem Bereich kommen deshalb keine Verwaltungsakte der Aufsichtsbehörde gegenüber den Gemeinden und erst recht nicht gegenüber einem Dritten in Betracht.
Denkbar wäre das Vorliegen eines Verwaltungsaktes, wenn eine Gemeinde ihrer Vorlagepflicht nicht nachkommt, die Aufsichtsbehörde jedoch von dem Vorgang Kenntnis erlangt und dann die Vorlage verlangt. Das wäre aber bereits eine ganz andere Aufsichtsmassnahme, nämlich eine Anordnung[2]; denn die Gemeinde ist entgegen einer ihr durch Gesetz auferlegten Verpflichtung untätig geblieben, indem sie die Anzeige bzw. die Vorlage unterlassen hat.

3) Die vorbeugenden Aufsichtsmittel

Zu ihnen zählen die Beratung und der Genehmigungsvorbehalt[3]. Aufgabe der vorbeugenden Aufsicht ist es, die Gefahr des Entstehens fehlerhafter Massnahmen der Gemeinden von vornherein auszuschliessen und zwar zu einem Zeitpunkt, in dem die Massnahme noch nicht rechtlich wirksam geworden ist.

a) Die Beratung der Gemeinden ist seit jeher ein wichtiges Mittel der staatlichen Aufsichtsführung. E. Becker[4] bezeichnet sie sogar als das Kernstück der gesamten Kommunalaufsicht[5]. Eine sachgerechte und am geltenden Recht orientierte Beratung verhindert das Entstehen gesetzwidriger Massnahmen der Gemeindeorgane und erspart deshalb ein späteres Eingreifen der Aufsichtsbehörde mit Zwangsmitteln. Aufgrund des heutigen Verhältnisses zwischen Staat und Gemeinde sind die Gemeinden jedoch nicht gehalten, Ratschläge der Aufsichtsbehörde zu befolgen[6]. Daraus ergibt sich, dass die Ratschläge und Aus-

---

1) § 4 III bwGO
2) Im Sinn von § 122 bwGO
3) Gönnenwein S. 186
4) HdbKWP Bd. I S. 168
5) Ähnlich Kunze-Schmid S. 785
6) Gönnenwein a.a.O.

künfte der Aufsichtsbehörde den Gemeinden gegenüber keine Verwaltungsakte sein können, da von ihnen keine unmittelbare rechtliche Wirkung ausgeht. Reine Belehrungen und Auskünfte sind keine Verwaltungsakte[1] und führen deshalb auch nicht zu einer Klagebefugnis für Dritte.

b) Die Genehmigungsvorbehalte, die bei den allgemeinen Vorschriften über die Aufsichtsmassnahmen in den meisten Gemeindeordnungen nicht erwähnt werden, sondern sich verstreut bei vielen Einzelbestimmungen finden, fallen etwas aus dem Rahmen der allgemeinen Aufsichtsmittel heraus. Sie werfen viele Probleme auf, vor allem, ob sie überhaupt ein Mittel der Kommunalaufsicht sind. Die Fragen,die mit den Genehmigungsvorbehalten zusammenhängen, sind bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht abschliessend geklärt. Es werden immer wieder neue Versuche unternommen, um der schwierigen Problematik gerecht zu werden[2].

Grossenteils wird bei der Auseinandersetzung um die Rechtsnatur der Genehmigungsvorbehalte verkannt, dass es hier bestimmte fundamentale Unterschiede gibt, die vorweg geklärt werden müssen. So sind die Genehmigungsvorbehalte, die aufgrund der Kommunalverfassungsgesetze den Kommunalaufsichtsbehörden zustehen, von den Genehmigungsvorbehalten zu unterscheiden, die Sonderaufsichtsbehörden im Bereich der Sonderaufsicht, wie sie in den vorangegangenen Untersuchungen bestimmt wurde, zustehen.
Die Sonderaufsicht hat mit der allgemeinen Kommunalaufsicht, auf die sich die Vorschriften der Landesverfassungen über die Gesetzmässigkeitsaufsicht erstrecken, nichts zu tun. Im Bereich der Sonderaufsicht ist selbstverständlich auch eine Zweckmässigkeitskontrolle möglich, wenn das betreffende Gesetz, das den Genehmigungsvorbehalt der Sonderaufsichtsbehörde einräumt, das vorschreibt oder zulässt. Nur wenn man erkennt, dass es für die Bestimmung der Genehmigungsvorbehalte ausschliesslich um die den Kommunalaufsichtsbehörden vor allem

---

1) Forsthoff, Lehrbuch S. 191
2) Vgl. z.B. die diffizilen Unterscheidungen von Werner Weber in: "Aktuelle Probleme der Kommunalaufsicht", DVBl 1963, 713 ff (714) und die Meinung von Hoffmann daselbst S. 715; Barocka, Aufgaben und Befugnisse der Aufsichtsbehörden bei Genehmigung von Gemeindesatzungen, DVBl 1963, 704 ff, 758 ff

aufgrund der Kommunalverfassungsgesetze zustehenden Genehmigungsvorbehalte geht, kann man einen zweifelsfreien Ausgangspunkt für die Klärung dieser schwierigen Rechtsfragen finden. Weil dies in der Literatur und Rechtsprechung jedoch grossenteils nicht geschieht, sind dadurch viele Missverständnisse entstanden, da schon über die grundlegenden Voraussetzungen Unklarheit besteht. In den folgenden Untersuchungen kommt es deshalb nur darauf an, ob die den Kommunalaufsichtsbehörden zustehenden Genehmigungsvorbehalte echte Aufsichtsmittel sind und damit unter das Gebot der reinen Rechtskontrolle fallen. Die im Bereich der Sonderaufsicht vorhandenen Genehmigungsvorbehalte interessieren in diesem Zusammenhang nicht.

Die Frage nach der Rechtsnatur der Genehmigungsvorbehalte ist erst wirklich bedeutungsvoll geworden, als die neuen Landesverfassungen und Kommunalverfassungsgesetze nach dem Zusammenbruch des Dritten Reiches positiv bestimmten, dass die Kommunalaufsicht sich nur darauf erstrecke, dass die Gemeinden im Einklang mit den Gesetzen verwaltet werden. Mit dieser Ausgestaltung der Kommunalaufsicht zu einer reinen Rechtsaufsicht wurde es zweifelhaft und ist seither in Schrifttum und Rechtsprechung umstritten, ob diese Beschränkung auch für die Genehmigungsvorbehalte gilt mit der Folge, dass die Zweckmässigkeitskontrolle, die seither den Genehmigungsvorbehalten eigen war, verfassungswidrig geworden und durch eine Rechtskontrolle zu ersetzen ist. Manche Autoren sind der Ansicht, dass das nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein könne. Daraus erklären sich die seit Inkrafttreten der Landesverfassungen mannigfachen Meinungen zur Rechtsnatur der Genehmigungsvorbehalte.

Um den Schwierigkeiten beim Wegfall der Zweckmässigkeitskontrolle begegnen zu können und um auch diejenigen Genehmigungsvorbehalte aufrecht erhalten zu können, die bei Wegfall der Zweckmässigkeitskontrolle sinnlos geworden wären, ist heute insbesondere die Auffassung von den staatlichen Mitwirkungsrechten stark in den Vordergrund getreten. Sie sollen als Zweckmässigkeitsaufsicht in der Gestalt einer "Sonderaufsicht" neben der allgemeinen Kommunalaufsicht bestehen und von den Verfassungs-

bestimmungen, die die Rechtsaufsicht vorschreiben, nicht berührt werden. Diese Auffassung zeigt sich in mannigfachen Spielarten[1].

So spricht Werner Weber[2] von einer Mitwirkung des Staates an der kommunalen Verwaltung im Sinn eines "staatlich-kommunalen Kondominiums", Zuhorn[3] von einem "Teilhaber der kommunalen Verwaltung", Buch[4] von einem "freien Partner" und von "echter Mitwirkung des Staates an den Selbstverwaltungsangelegenheiten".
Nach Henrichs[5] haben die Genehmigungsvorbehalte "eine über die normale Staatsaufsicht hinausgehende Bedeutung, da sie Gegenstände betreffen, über die nur im Wege des Gesamtaktes beschlossen werden solle". Von Mitwirkungsrechten, die eine Zweckmässigkeitsaufsicht neben der allgemeinen Kommunalaufsicht bestehen lassen, sprechen E. Becker[6] und Muntzke-Schlempp[7], Hettlage[8] von einer "mitwirkenden Staatsaufsicht" und Wolff[9] von "negativer und präventiver Mitwirkung des Staats", bei der es sich jedoch nicht um Aufsicht handle.

---

1) Zum ersten Mal tritt diese Ansicht bei Rosin, Das Recht der Öffentlichen Genossenschaft, 1886 S. 116, auf, der von einem "ausnahmsweisen Attribut der Aufsichtsbehörden" spricht und die Genehmigungsvorbehalte nicht zu den üblichen Aufsichtsmitteln rechnet; a.A. Gierke, Genossenschaftstheorie und Deutsche Rechtsprechung, Berlin 1897 S. 654
2) Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, 1953 Heft 9 S. 44
3) Probleme der Kommunalaufsicht, in: Recht, Staat, Wirtschaft, Bd. IV 1953 S. 264
4) Die hess GO und die hess LKrO, 1952, Kapitel Genehmigungsvorbehalte S. 18
5) DVBl 1954, 728 ff, 731
6) HdbKWP I, 172 ff und Kommunale Selbstverwaltung S.719 ff, 737
7) S. 330
8) Der Gestalt- und Bedeutungswandel der gemeindlichen Selbstverwaltung seit 1919, in: Ordnung als Ziel, Beiträge zur Zeitgeschichte, Stuttgart und Köln 1954
9) Hans-J. Wolff,VerwR II S.81

In sachlicher Hinsicht wird vor allem auf die Unterscheidung in repressive (abwehrende) und präventive (vorbeugende) Aufsichtsmittel abgestellt[1], indem angenommen wird, die allgemeinen Aufsichtsbefugnisse würden nur repressiv, die Genehmigungsvorbehalte dagegen präventiv wirksam und die Beschränkung auf die Rechtskontrolle komme nur den repressiven Mitteln zu. Das begründet man damit, dass ein ausdrückliches, verfassungsrechtliches oder landesgesetzliches Verbot der Zweckmässigkeitskontrolle nicht vorhanden sei, sodass die in den Landesverfassungen und Gemeindeordnungen verankerte Beschränkung der Staatsaufsicht auf die Rechtskontrolle nur allgemein zu verstehen sei und deshalb nur für die grosse Zahl der allgemeinen, korrektiven und repressiven Aufsichtsmassnahmen Geltungskraft besitze, zu denen die Genehmigungsvorbehalte nicht gehören. Ausserdem gebe es bei einer reinen Rechtsaufsicht nichts mehr zu genehmigen, es sei nichts vorhanden, dem die Aufsichtsbehörde noch zustimmen könnte[2]. Wenn der Gesetzgeber wirklich die blosse Rechtsaufsicht auch im Bereich der Genehmigungsvorbehalte hätte einführen wollen, hätten diese sich erübrigt und dafür die allgemeinen Aufsichtsmittel der Kommunalaufsichtsbehörden ausgereicht[3].

Diese Aufspaltung der Aufsichtsmittel in repressive und präventive ist jedoch rein willkürlich und findet keine Stütze in den Landesverfassungen, da nirgends eine derartige Unterscheidung vorgenommen wird und davon verschiedene Rechtsfolgen wie die Gegenüberstellung einer Rechtmässigkeits- und einer Zweckmässigkeitskontrolle abhängig gemacht werden[4].

Entsprechende Erwägungen gelten auch für die von Elleringmann[5] vorgenommene Aufspaltung der Kommunalaufsicht in eine "allgemeine" und eine "besondere" Staatsaufsicht. Gegenüber der allgemeinen Aufsicht sei die besondere die "Ausnahme", sie habe

---

1) J. David, Die Satzungsgewalt der Gemeinden in Nordrhein-westfalen, 2. Aufl. 1961; Werner Weber a.a.O. S. 44
2) J.David a.a.O. S. 85
3) Peters, Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preussen S. 121
4) Gönnenwein S. 203
5) Grundlagen der Kommunalverfassung und Kommunalaufsicht S. 45 ff

Sondercharakter und gehe deshalb der allgemeinen Aufsicht vor[1]. Sie erstrecke sich auf einzelne Gegenstände und sei nach Voraussetzungen, Inhalt und Mitteln besonders geregelt. Sie habe zwar auch darauf zu achten, dass die kommunalen Akte sich in den Bahnen von Recht und Gesetz halten, darüberhinaus könnten diese Akte aber auch auf ihre Zweckmässigkeit hin von den Aufsichtsbehörden überprüft werden. Hierzu werden dann vor allem die Genehmigungsvorbehalte gezählt. Aber auch diese Aufspaltung ist rein willkürlich und soll wohl ebenfalls mehr oder weniger dem Zweck dienen, die Genehmigungsvorbehalte in ihrer herkömmlichen Form mit Einschluss der Zweckmässigkeitskontrolle zu retten. Aus den gesetzlichen Grundlagen der Landesverfassungen und Gemeindeordnungen ergeben sich für diese rein konstruktive Ansicht keine Anhaltspunkte[2].

Aufgrund der Besonderheiten der Genehmigungsvorbehalte wurde vor Schaffung des Grundgesetzes und der heutigen Landesverfassungen vielfach und heute noch vereinzelt die Auffassung vertreten, dass die Genehmigungsvorbehalte einen nachwirkenden Rest der staatlichen Schutzgewalt über die Gemeinden, der Staatskuratel, darstellen, der sich neben der allgemeinen Staatsaufsicht bis heute erhalten habe[3]. Die Staatskuratel besteht nach dieser Ansicht nur noch in ganz beschränktem Umfang, in Form einiger gesetzlich umschriebener Fälle von Genehmigungsvorbehalten weiter[4].

---

1) a.a.O. S. 54
2) Gl.M. Gönnenwein S. 207
3) Korn, Bay VBl 1928, 386; Laforet, Deutsches Verwaltungsrecht S. 151 Anm. 1; Nawiasky, Bay Verfassungsrecht S. 425; Schattenfroh, Deutsche Gemeindeordnung S. 363 f; Eibl, Verfassungs- und verwaltungsrechtlicher Schutz der gemeindlichen Selbstverwaltung nach bay. Recht, Diss. jur. München 1949 S. 71; Moritz Walter, Die Grundlagen und Grenzen der gemeindlichen Satzung unter besonderer Berücksichtigung der Steuersatzung, Diss. jur. Würzburg 1956 S. 69; weitere Nachweise bei Lohr a.a.O. S. 85 ff
4) Schattenfroh a.a.O. S. 364; Korn a.a.O. S. 371

Mit der heutigen Stellung der Gemeinde im Staatsverband ist diese Meinung nicht mehr zu vereinbaren. Das Grundgesetz und die Landesverfassungen garantieren den Gemeinden ein umfassendes Selbstverwaltungsrecht, das auf der Grundlage der Selbstbestimmung und der Eigenverantwortlichkeit hinsichtlich der kommunalen Aufgaben beruht. Das Institut der kuratelmässigen Überwachung der gemeindlichen Funktionen durch die Staatsbehörden basiert aber infolge seines geschichtlichen Ursprungs auf ganz anderen Anschauungen von der Rechtsstellung der Gemeinde: die Staatskuratel setzt die Unmündigkeit der kommunalen Gemeinwesen voraus[1].

Dieser für die kuratelmässige Kontrolle der Gemeindefunktionen tragende Gedanke ist mit den heutigen Anschauungen vom Wesen der Gemeinde und des kommunalen Selbstverwaltungsrechts unvereinbar. Die heutigen Genehmigungsvorbehalte können deshalb nicht mit den vergangenen Schutz- und Eingriffsrechten des Staates aus der Zeit der Staatskuratel in Verbindung gebracht und gerechtfertigt werden. Neben der allgemeinen Staatsaufsicht gibt es deshalb keine nachwirkenden Reste einer vorkonstitutionellen Kuratel[2].

Schliesslich kann aufgrund der klaren Bestimmungen der Landesverfassungen eine Zweckmässigkeitsaufsicht als eine gegenüber der allgemeinen Aufsicht besondere Aufsichtsform nicht damit begründet werden, dass "zur Gesetzmässigkeit auch die gesetzmässige Mitwirkung der Aufsichtsbehörden" bei bestimmten Handlungen der Gemeinde gehöre[3], denn die Bestimmungen der Landesverfassungen, die für die gesamte Kommunalaufsicht die reine Rechtsaufsicht vorschreiben, gehen den einfachen Landesgesetzen vor, soweit diese Genehmigungsvorbehalte mit Zweckmässigkeitskontrolle enthalten.

---

1) Hugo Preuss, Art. "Staatsaufsicht" in HWBKW Bd. 3 S. 812
2) Vgl. Lohr a.a.O. S. 86; Gönnenwein, Ged.Schrift für W. Jellinek S. 526; AÖR Bd. 81, 227; Köttgen, Verw.Arch. 39, Bd.39(1934), 166
3) Surén, Die Gemeindeordnungen in der Bundesrepublik Bd. II, Gemeindewirtschaftsrecht, 1960 S. 905 FussN. 12

Mit der heute in Literatur und Rechtsprechung vorherrschenden Ansicht ist deshalb davon auszugehen, dass es sich bei dem Genehmigungsvorbehalt um ein Mittel der Kommunalaufsicht handelt[1].

Auch ein geschichtlicher Rückblick lässt erkennen, dass früher in fast allen Gemeindegesetzen der Genehmigungsvorbehalt als Mittel der Staatsaufsicht angesehen wurde. Das ergibt sich bereits aus der Einordnung des Genehmigungsvorbehaltes unter die Abschnitte "Aufsicht" bzw. "Mittel der Aufsicht"[2]. Die textliche Ausgestaltung der Deutschen Gemeindeordnung von 1935, die die Genehmigungsvorbehalte nicht mehr unter dem Abschnitt über die Staatsaufsicht, sondern verstreut im ganzen Gesetz behandelte, gab zu Zweifeln Anlass. Die heutigen Gemeindeordnungen haben, soweit sie sich nicht an die DGO anlehnen, den Genehmigungsvorbehalt wieder als Mittel der Kommunalaufsicht in den Text aufgenommen[3].

Sowohl die historische Entwicklung[4] wie die heutige Rechtslage gibt deshalb keinen Anlass, die Rechtsnatur der Genehmigungsvorbehalte als Mittel der Kommunalaufsicht zu leugnen. Damit sind sie als "Akte der Kommunalaufsicht" für die weitere Untersuchung der Anfechtbarkeit kommunalaufsichtlicher Akte durch Dritte von Bedeutung.

---

1) O. Mayer, VerwR Bd. 2, 3. Aufl. 1924 S. 395 ff; Preuss a.a.O. S. 809 und: Das Städtische Amtsrecht in Preussen" S. 163; Peters, Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preussen S. 229; W. Jellinek, VerwR Bd. 2, 3. Aufl. 1931 S. 533 ff; Friedrichs, Karl, Gemeindeaufsicht, Verw Arch. 1925, 74; Gönnenwein, Ged.Schrift für W. Jellinek S.517 f und AÖR 81 Bd. (1956) S.228; Miltner, Der Genehmigungsvorbehalt nach dem geltenden Recht der Kommunalaufsicht unter besonderer Berücksichtigung von Baden-Württemberg, Diss. jur. Heidelberg 1956 S. 28 ff, Lohr a.a.O. S. 83 f; Barocka, DVBl 1963, 704 ff, 758 ff, insbesondere S. 760; Forsthoff, Lehrbuch S. 535, der aber der Auffassung ist, es handle sich um eine von der allgemeinen Rechtsaufsicht zu trennende Art von Kommunalaufsicht mit Sonderaufsichtsrechten

2) Miltner a.a.O, Gönnenwein a.a.O.

3) Bay GO Art 117; Hess GO § 144; Rh-Pf GO § 112, NS GO § 133

4) Vgl. dazu insbes. Gönnenwein, Ged.Schrift für W. Jellinek S. 517 ff

Auch hier ist zunächst zu klären, ob die Genehmigungsvorbehalte im Einzelfall Verwaltungsakte darstellen können, denn andernfalls besteht für eine Anfechtbarkeit durch Dritte kein Raum.

Es gibt eine grosse Anzahl gemeindlicher Massnahmen, die zu ihrer Wirksamkeit der Genehmigung einer staatlichen Behörde bedürfen. Sie sind in den Gemeindeordnungen innerhalb der verschiedenen Sachgebiete zerstreut. Den Schwerpunkt bildet dabei die Gemeindewirtschaft, vor allem die Verwaltung des Gemeindevermögens, wie etwa die Aufnahme von Darlehen, die Übernahme von Verpflichtungen aus Bürgschaften und Gewährverträgen und die Veräusserung bestimmter Gegenstände des Gemeindevermögens.
Die Wirkung eines Genehmigungsvorbehalts besteht darin, dass die Satzung, der Beschluss, das Rechtsgeschäft oder die sonstige Massnahme der Gemeinde, die der Genehmigung bedarf, so lange schwebend unwirksam ist[1], bis die Genehmigung erteilt ist. Mit Erteilung der Genehmigung wird der Akt der Gemeinde wirksam bzw. mit Rechtskraft der Versagung endgültig nichtig[2]. Daraus ergibt sich, dass eine endgültig wirksame Massnahme erst dann zustande kommt, wenn eine Entschliessung der Gemeinde und die Genehmigung der Aufsichtsbehörde vorliegt. Die Genehmigung ist daher ein rechtsgestaltender Akt der Aufsichtsbehörde [3]. Da diese bei Ausübung der staatlichen Aufsicht hoheitlich gegenüber der Gemeinde tätig wird, sie verfolgt auf diese Weise die Interessen der höheren Gemeinschaft, liegt in der Genehmigung bzw. ihrer Versagung ein rechtsgestaltender Verwaltungsakt, der den Selbstverwaltungsbereich der Gemeinde berührt[4].

---

1) RGZ 103, 104 (106)
2) RGZ 168, 346 (351); eingehend Bullinger, Die behördliche Genehmigung privater Rechtsgeschäfte und ihre Versagung, DÖV 1957, 761 ff
3) Hans-J. Wolff, VerwR I § 47 I b
4) Badura, DÖV 1963, 561 (569); Becker, HdbKWP 1. Bd. S. 161; Bullinger, DÖV 1957, 765, Forsthoff, Lehrbuch S. 260; Gönnenwein S. 199; Helmreich-Widtmann, Art. 117 Anm. 3 mit weiteren Nachweisen; Surén a.a.O. S. 904; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit § 42 IV 2a; Hans-J. Wolff, VerwR I § 47 I b ; BVerwG vom 13.3.1957, DVBl 57, 584; OVG Lüneburg, OVGE 7, 468

Auch hier taucht die Frage auf, ob Dritte derartige Akte anfechten können, die an sich nur das staatlich-kommunale Verhältnis betreffen und den internen Bereich zwischen Staat und Gemeinden regeln sollen.
Eine Beeinträchtigung Dritter durch Genehmigungsvorbehalte ist in vielen Fällen möglich. So gibt es eine Reihe von Rechtsgeschäften der Gemeinde, die der staatlichen Genehmigung bedürfen, wie etwa die Aufnahme von Darlehen oder die Übernahme von Bürgschaften und Verpflichtungen aus Gewährverträgen[1]. Der Darlehensgeber, der mit der Gemeinde einen Darlehensvertrag abgeschlossen hat, kann durch Verweigerung der Genehmigung des schwebend unwirksamen Rechtsgeschäfts in seinem Rechtskreis beeinträchtigt sein. Es kann sein Recht auf Vertragsfreiheit gemäss Art. 2 I GG verletzt sein[2]. Die Genehmigungsvorbehalte sind deshalb für die Klagebefugnis Dritter von erheblicher Bedeutung.

4) Zu den repressiven Aufsichtsmitteln gehören das Beanstandungsrecht, das Anordnungsrecht, die Ersatzvornahme, die Bestellung eines Beauftragten und einige nur in einzelnen Ländern vorhandene Besonderheiten. Diese Aufsichtsmittel bezwecken die Beseitigung eines bereits zustandegekommenen, rechtswidrigen Aktes der Gemeinde.

a) Das Beanstandungsrecht gibt der Kommunalaufsichtsbehörde die Möglichkeit, Beschlüsse und Anordnungen der Gemeinde, die das Gesetz verletzen, zu beanstanden und zu verlangen, dass sie binnen einer angemessenen Frist aufgehoben oder abgeändert werden. Darüberhinaus kann die Aufsichtsbehörde die Rückgängigmachung von Massnahmen verlangen, die aufgrund derartiger Beschlüsse und Anordnungen getroffen worden sind[3], allerdings nur, soweit das rechtlich und tatsächlich noch möglich ist. Grundsätzlich beinhaltet das Beanstandungsrecht auch die Befugnis der Aufsichtsbehörde, nach Ablauf der der Gemeinde gesetzten, angemessenen Frist zur Herstellung des

---

1) BW §§ 92, 94 GO; Bay Art. 83, 84 GO; Hess § 107 GO; NS §§ 98, 100 GO; NW §§ 78, 80 GO; RP §§ 86, 88 GO; Saarl. §§ 84 II, 91, 100 GO; SH §§ 91, 93 GO
2) Vgl. dazu BVerwGE 1, 321 (323); Maunz-Dürig RdNr. 53 zu Art. 2 I GG
3) BW § 121 I GO; NS § 123 GO; SH § 123 GO

gesetzmässigen Zustands den beanstandeten Beschluss selbst aufzuheben[1]. Dies gilt allerdings nicht für Baden-Württemberg und Bayern, wo die Aufhebung nur aufgrund einer Ersatzvornahme durchgeführt werden kann[2].
Die Wirkung der Beanstandung besteht darin, dass die beanstandeten Beschlüsse und Anordnungen in ihrer Ausführbarkeit gehemmt werden und dass die Gemeinde zur Aufhebung verpflichtet ist[3].
Daraus folgt, dass die staatlichen Aufsichtsbehörden in Form der Beanstandung einseitige, hoheitliche Befehle mit unmittelbar rechtlicher Wirkung gegenüber den Gemeinden erteilen und damit in den kommunalen Wirkungskreis und den Selbstverwaltungsbereich der juristischen Person Gemeinde eingreifen. Durch derartige Beanstandungsverfügungen werden die Gemeinden zu bestimmten Verhaltensweisen gezwungen. Beanstandungen sind deshalb Verwaltungsakte gegenüber den Gemeinden[4].

Dritte können durch Beanstandungsverfügungen gegenüber der Gemeinde beeinträchtigt werden, wenn ein Akt der Gemeinde, der dem Dritten etwas gewährt oder ihn begünstigt, beanstandet wird und die Gemeinde ihn deshalb rückgängig machen muss. Dadurch können Dritte möglicherweise in ihren Rechten betroffen und falls der Aufsichtsakt rechtswidrig ist, auch verletzt sein.

Folgendes Beispiel soll die Problematik verdeutlichen:
Der Leiter des Stadtamts IV der kreisangehörigen Stadt X in Baden-Württemberg ist in der Besoldungsgruppe A 10 entsprechend seiner beamtenrechtlichen Stellung eingestuft. Als ihm eine günstigere Stellung in einer anderen Stadt angeboten wird, und er sich entschlossen hat, diese anzunehmen, versucht der Gemeinderat der Stadt X, die eine gleichwertige Beamtenstelle nicht zur Verfügung hat, den qualifizierten Beamten zu halten. Der Gemeinderat beschliesst, ihn statt in die Besoldungsgruppe A 10 in A 11 einzustufen. Die Höhergruppierung wird sodann

---

1) Gönnenwein, Gemeinderecht S. 188
2) Vgl. Kunze-Schmid S. 795, 807; Göbel S. 330 und Helmreich-Widtmann S. 620
3) Kunze-Schmid S. 795
4) Becker, HdbKWP 1. Bd. S. 179; Gönnenwein S. 180; Obermayer-Mang S. 273 f; Kunze-Schmid S. 823; VGH Stuttgart, Urt.v. 15.7.1958, ESVGH 8,70; OVG Lüneburg, OVGE 10, 359

vollzogen, ohne dass sich an der sonstigen Stellung des Beamten etwas geändert hätte. Nachdem die Rechtsaufsichtsbehörde von dem Vorgang Kenntnis erlangt hat, beanstandet sie den Gemeinderatsbeschluss und verlangt, dass er aufgehoben wird. Sie ist der Ansicht, dass er gegen wesentliche Grundsätze des Landesbesoldungsgesetzes vom 27.1.1958[1] verstösst, das nach § 33 LBesG für die Beamten der Gemeinden entsprechend gilt. Auch die Gemeinden könnten ihren Beamten nicht willkürlich höhere Bezüge zukommen lassen, als das bei Landesbeamten nach der Regelung des Landesbesoldungsgesetzes der Fall sei.

Der Beamte hat durch den Vollzug der Höhergruppierung bereits Rechte erworben. Da die Gemeinde verpflichtet ist, der aufsichtsbehördlichen Beanstandungsverfügung zu entsprechen - sie hat sonst nur die Möglichkeit, dagegen Anfechtungsklage zu erheben § 125 bw GO - , wird durch die Verfügung die Rechtsstellung des Beamten berührt. Sehr problematisch ist, ob der Beamte bere ts gegen die Aufsichtsverfügung vorgehen kann, die nicht an ihn, sondern an die Gemeinde gerichtet ist, die aber seine Rechtsstellung ganz konkret betrifft, indem der Gemeinde genau vorgeschrieben wird, was sie im Falle dieses Beamten zu tun hat, oder ob er abwarten muss, ob die Gemeinde sich bereit findet, gegen die möglicherweise rechtswidrige Verfügung vorzugehen, und, falls die Gemeinde das nicht tut, ob er nur den ausführenden Akt der Gemeinde anfechten kann.

Entsprechende Erwägungen gelten für <u>das Anordnungsrecht</u> der Aufsichtsbehörde. Dieses ist notwendige Ergänzung des Beanstandungsrechts, soweit die Gemeindeordnungen nicht beides zusammenfassen[2]. Während die Beanstandung sich auf ein positives gesetzwidriges Handeln der Gemeinde bezieht, setzt das Anordnungsrecht ein Untätigbleiben der Gemeinde in den Fällen voraus, in denen sie kraft Gesetzes zum Handeln verpflichtet ist. Die Aufsichtsbehörde kann mit einer Anordnungsverfügung von der Gemeinde verlangen, dass sie die gesetzlich

---

1) GBl S. 17
2) Bay Art. 112

erforderlichen Massnahmen trifft oder die notwendigen Beschlüsse fasst, aber auch, dass sie diese dann vollzieht. Die Anordnung stellt deshalb einen Aufsichtsbefehl zur Beseitigung eines fehlerhaften Zustands dar[1], für den im Hinblick auf die Rechtsstellung der Gemeinde und das Anfechtungsrecht Dritter entsprechende Erwägungen wie beim Beanstandungsrecht gelten.

b) Etwas anders liegen die Probleme bei der Ersatzvornahme[2] Während die bisher behandelten Aufsichtsmittel der Beanstandung und Anordnung keine unmittelbar rechtsgestaltende Wirkung besitzen, sondern nur an die Gemeinde gerichtete Befehle darstellen, den gesetzmässigen Zustand herbeizuführen, tritt die Rechtsaufsichtsbehörde in den Fällen, in denen die Gemeinde einer Anordnung nicht nachkommt, im Wege der Ersatzvornahme an die Stelle der verpflichteten Gemeinde und wird mit Wirkung für und gegen die Gemeinde in dem durch die Anordnung bestimmten Umfang tätig. Es liegt ein Fall einer gesetzlichen Vertretung, einer sogenannten "Aufsichtsvertretung" vor[3]. Möglich ist auch, dass die Aufsichtsbehörde die Durchführung der Ersatzvornahme einem Dritten überträgt.

Die Ersatzvornahme ist ein subsidiäres Eingriffsrecht[4], da sie kein zusätzliches selbständiges Aufsichtsmittel[5] darstellt, sondern lediglich der Durchführung einer bereits ergangenen Anordnung der Aufsichtsbehörde dient. Sie ist also ein Vollstreckungsakt[6], und es kann deshalb zweifelhaft sein, inwieweit sie überhaupt einen Verwaltungsakt darstellen kann, weil die verbindliche Regelung des Einzelfalls bereits in der Anordnung liegt und die Ersatzvornahme nur der Durchsetzung dieses Verwaltungsaktes dient.

---

1) Vgl. Pagenkopf S. 228; Gönnenwein S. 215; BVerwG v. 30.8.1962, VerwRspr. 15. Bd. (1963) Nr. 153
2) BW § 123 GO; Bay Art. 113 GO; Hess § 140 GO; NS § 130 II GO; NW § 109 II GO; RP § 123 GO; SH § 125 GO
3) Helmreich-Widtmann S. 621; Göbel S. 331; Kunze-Schmid S. 809; Gönnenwein S. 189
4) E. Becker, HdbKWP, Bd. I S. 170
5) Kunze-Schmid S. 807
6) E. Becker a.a.O.

Erfolgt ein aufsichtsbehördlicher Akt der Ersatzvornahme, ohne dass eine Anordnung und eine Androhung vorausgegangen sind, so ist ein derartiger gesetzwidriger Akt[1] ein Verwaltungsakt[2] gegenüber der Gemeinde, denn in ihren Selbstverwaltungsbereich wird eingegriffen. Es liegt eine unmittelbare Vollziehung ohne vorausgegangene Regelung vor, der Vollziehungsakt selbst beinhaltet die materielle Regelung des Einzelfalls. Erfolgt die Ersatzvornahme durch die Aufsichtsbehörde, die einen gemeindlichen Akt ersetzt, gegenüber einem Gemeindebürger, so kann dieser dadurch in seinen Rechten verletzt sein, ihm gegenüber wird unmittelbar durch die Aufsichtsbehörde stellvertretend für die Gemeinde etwas geregelt.

Ist der Ersatzvornahme aber ein Verwaltungsakt in Form einer Anordnung vorausgegangen, wie die Gemeindeordnungen es vorschreiben, der nun durchgesetzt werden soll, so liegt die materielle Regelung des Einzelfalls in diesem Verwaltungsakt. Die Ersatzvornahme ist dann ein blosser Vollziehungsakt und kein materieller Verwaltungsakt[3], denn sie enthält weder eine positive noch eine negative Gestaltung noch die Feststellung eines Rechtsverhältnisses. Die vorausgegangene Anordnung stellt einen Verwaltungsakt im formellen und materiellen Sinn dar, die Ersatzvornahme jedoch nur einen formellen Verwaltungsakt, da sie in der Kette der verschiedenen formellen und materiellen Akte zur Regelung des konkreten Sachverhaltes der letzte erforderliche formelle Akt ist, um den vorausgegangenen materiellen Akt, die verbindliche Entscheidung, durchzusetzen und zu vollziehen[4].

Die Ersatzvornahme kann also nur insoweit angefochten werden, als sie als formeller Akt, als Vollstreckungsakt, einen Fehler enthält. Die materielle Regelung des Rechtsverhältnisses liegt in der Anordnungsverfügung, die mit Ablauf der Rechtsmittelfrist für die Gemeinde formell rechtskräftig wird und deshalb durch Anfechtung der Ersatzvornahme nicht

---

1) Zur Zulässigkeit des sofortigen Zwangs vergl. Forsthoff S. 284
2) Vgl. Menger, System S. 106
3) E.Becker, HdbKWP S. 179
4) Menger a.a.O.

mehr angegriffen werden kann. Enthält dagegen die Vollstrekkungsmassnahme einen Mangel, so ist gegen sie und nur gegen sie eine Anfechtungsklage der Gemeinde möglich[1].

Ob andere Personen als die Gemeinde, gegen die der Akt der Ersatzvornahme entweder unmittelbar gerichtet ist, oder die der an einen anderen Bürger gerichtete Akt nur mittelbar betrifft, den gleichen Regeln wie die Gemeinde unterliegen, bedarf besonderer Prüfung. An sie ist die vorausgegangene Anordnung nicht ergangen. Sie werden durch den Vollstreckungsakt gegenüber der Gemeinde erstmals betroffen. Für sie gelten die besonderen Regeln über das staatlich-kommunale Verhältnis nicht. Sie können aber durch einen Akt der Ersatzvornahme gegenüber der Gemeinde in ihren Rechten betroffen werden.

Beispiel: Wenn die Gemeinde in dem unter AII 4 a angeführten Fall der Verfügung der Aufsichtsbehörde auf Rückgängigmachung der Höhergruppierung des Beamten nicht nachkommt und die Aufsichtsbehörde nun im Wege der Ersatzvornahme diese Handlung selbst vornimmt, dann ist der Beamte in seiner durch die bereits vollzogene Höhergruppierung geschaffenen Rechtsstellung betroffen.

c) Bestellung eines Beauftragten und Auflösung der Gemeindevertretung. Die Bestellung eines Beauftragten ist der schwerwiegendste Eingriff in das kommunale Selbstverwaltungsrecht, der den Aufsichtsbehörden zur Verfügung steht[2]. Durch dieses Mittel kann die Selbstverwaltung einer Gemeinde bei äusserster Anwendung der aufsichtsbehördlichen Möglichkeiten während eines bestimmten Zeitraumes ganz beseitigt und durch staatliche Verwaltung ersetzt werden. In der Regel wird es jedoch ausreichen, dass der Beauftragte einzelne Aufgaben der Gemeinde wahrnimmt.
Voraussetzung für seine Bestellung ist eine schwere fortdauernde Störung des ordnungsgemässen Ganges der Verwaltung[3].

---

1) Vgl. Schneider, Gemeinderecht in Hessen S. 107
2) E.Becker, HdbKWP I S. 171, hält die Auflösung der Gemeindevertretung für den stärksten Eingriff; dagegen aber zu Recht Gönnenwein S. 153 Anm. 54
3) Gönnenwein S. 190; Kunze-Schmid S. 814

Der Beauftragte kann die Aufgaben des Bürgermeisters oder der Gemeindevertretung oder auch beider Organe zugleich wahrnehmen. Die Aufgaben können gegenständlich auf einen bestimmten Wirkungsbereich eines Organs begrenzt sein.

Da hier eine staatliche Aufsichtsbehörde eine von ihr bestimmte Person Verwaltungsaufgaben im Selbstverwaltungsbereich der Gemeinde durchführen lässt, und der Beauftragte sogar grundsätzlich den Weisungen der Aufsichtsbehörde unterliegt[1], könnte es durchaus möglich sein, dass er als staatlicher Beamter bei Ausübung seiner Tätigkeit für die Gemeinde Funktionen der Kommunalaufsicht ausübt und dabei aufsichtsbehördliche Akte erlässt. Diese könnten Verwaltungsakte sein und möglicherweise die Gemeinde oder Dritte beeinträchtigen. Die Rechtsstellung des Beauftragten bedarf deshalb einer näheren Überprüfung. Es gibt hierzu eine Reihe verschiedener Ansichten.
So wird z.B. aus der Formulierung des § 110 Satz 2 nw GO: "Der Beauftragte hat die Stellung eines Organs der Gemeinde", herausgelesen, der Beauftragte sei kein Staatsorgan, sondern ein Gemeindeorgan[2]. Das kann aber aus dem Wortlaut dieser Bestimmung allein sicherlich nicht geschlossen werden. Einer ähnlichen Auffassung scheint wohl auch E. Becker[3] zu sein, der von der Bestellung eines Staatskommissars als der "aufsichtsbehördlichen Einsetzung eines Gemeindeorgans" spricht. Der Beauftragte hat eine aus dem üblichen Rahmen des Verhältnisses Staat - Gemeinde etwas herausfallende Zwischenstellung zwischen staatlichem und gemeindlichem Bereich. Auf der einen Seite führt er Gemeindeaufgaben- auch solche des Selbstverwaltungsbereichs - durch, auf der anderen Seite wird er aber von der staatlichen Aufsichtsbehörde nach deren Ermessen ernannt und eingesetzt und ist an deren Weisungen gebunden.

Durch die Bestellung eines Beauftragten als eine Art Notrecht des Staates gegenüber ausserordentlichen Zuständen[4] werden die gesetzlichen Organe der Gemeinde insoweit ausgeschaltet. Das bedeutet aber nicht, dass damit der Beauftragte selbst

---

1) Salzmann-Schunck S. 368; Kunze-Schmid S. 816; Gönnenwein S. 192
2) Kottenberg S. 456
3) HdbKWP, Bd. I S. 179
4) Kiefer-Schmid S. 623; Kunze-Schmid S. 814

zum Gemeindeorgan wird. Er wird vielmehr nur im Funktionsbereich der Gemeinde tätig, indem er im Interesse der höheren Gemeinschaft und letztlich auch dem der Gemeinde deren Aufgaben durchführt. Er hat daher auch nur die rechtliche Stellung eines Organs der Gemeinde, ohne selbst Gemeindeorgan zu sein[1].

Der Staatskommissar handelt im Auftrag des Staates, besorgt aber die Aufgaben der Gemeinde für diese mit Wirkung für und gegen sie, die deshalb nach allgemeiner Ansicht auch für seine Handlungen haftet[2]. Daraus folgt, dass er keine Funktionen der Aufsichtsbehörde ausübt, sondern gemeindliche Tätigkeiten wahrnimmt[3]. Da nicht die Aufsichtsbehörde, sondern lediglich die Gemeinde funktionsunfähig ist, besteht auch kein Bedürfnis, die Akte der Aufsichtsbehörde durch den Beauftragten zu ersetzen. Dieser erlässt deshalb keine Akte der Kommunalaufsicht, sodass seine Massnahmen für die weiteren Untersuchungen nicht von Bedeutung sind.

Nicht schwierig ist dagegen die Frage zu beantworten, ob die Bestellung des Beauftragten und seine Einsetzung ein Verwaltungsakt ist. Hier wird in den Kernbereich des kommunalen Selbstverwaltungsrechts eingegriffen, indem wichtige Gemeindeorgane durch staatlichen Befehl ausgeschaltet und durch ein Staatsorgan ersetzt werden. Damit wird die Selbstverwaltung, zumindest teilweise, so gut wie beseitigt; denn es ist wesentlicher Inhalt dieses Rechts, zu bestimmen, wer die Verwaltung führt und wie das geschieht. Die Bestellung ist daher ein tiefgreifender belastender Verwaltungsakt gegenüber der Gemeinde. Durch diese Massnahme können der Bürgermeister und die Gemeinderäte dann als Dritte in ihrem durch die Wahl begründeten, persönlichen Recht[4] auf Amtsausübung betroffen werden, wenn die aufsichtsbehördliche Verfügung nur an die Gemeinde gerichtet ist. Ist die Verfügung aber zugleich an diese Personen gerichtet, so sind sie nicht Dritte. Ob auch

---

1) Kunze-Schmid S. 816
2) Bestritten, vgl. die Nachweise bei Gönnenwein a.a.O. S. 192, Anm. 53
3) A.A. Kunze-Schmid S. 816 f und Muntzke-Schlempp S. 1153: Doppelfunktion
4) Vgl. Hans-J. Wolff, VerwR I S. 270 und 271

andere Gemeindebürger, die sich durch die Bestellung in ihrem Rechts oder Interessenbereich beeinträchtigt fühlen, eine Anfechtungsmöglichkeit besitzen, ist äusserst fraglich. Alle diese Fragen können erst beantwortet werden, wenn geklärt ist, wie sich das Aufsichtsverhältnis zwischen Staat und Gemeinden auf ausserhalb dieses Verhältnisses stehende Personen auswirkt.

Bei dem Mittel der Auflösung der Gemeindevertretung, das mehrere Länder[1] eingeführt haben, um eine von der Gemeindevertretung herrührende Störung des ordnungsgemässen Ganges der Verwaltung zu beseitigen, gelten entsprechende Erwägungen für die Rechtsstellung der Gemeinde und dritter Personen wie bei der Bestellung eines Beauftragten.

d) In Baden-Württemberg[2] und Bayern[3] gewähren die Gemeindeordnungen noch ein besonderes Aufsichtsmittel in der Form der vorzeitigen Beendigung der Amtszeit des Bürgermeisters bzw. seiner Abberufung.
Es handelt sich hier um echte Aufsichtsmittel im Gegensatz zu der Abberufung hauptamtlicher Bürgermeister und Magistratsmitglieder in Bremerhaven, Hessen und Schleswig-Holstein, oder von Beigeordneten in Niedersachsen durch den Gemeinderat, die ein dem parlamentarischen Misstrauensvotum nachgebildetes Recht darstellt[4].
Auch eine Abberufung des Bürgermeisters durch die Aufsichtsbehörde ist ein Eingriff in das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde und deshalb ein Verwaltungsakt gegenüber der Gemeinde, aber auch gegenüber dem Bürgermeister, in dessen persönliche Rechtsstellung als gewählter Bürgermeister und in sein daraus fliessendes Recht auf Amtsausübung durch die aufsichtsbehördliche Massnahme eingegriffen wird. Die Rechtsstellung sonstiger Personen wird dadurch aber nicht berührt, sodass dieses Aufsichtsmittel für die weiteren Erörterungen nicht in Betracht kommt.

---

1) Bay Art. 114 II GO; Hess § 64 GO; NS § 55 GO; NW § 111 GO; RP § 127 GO; SH § 44 GO
2) § 128 GO
3) Art. 114 II GO
4) Gönnenwein a.a.O. S. 194

e) Auch das Aufsichtsmittel der Finanzsperre, das in Nordrhein-Westfalen[1] und Schleswig-Holstein[2] eingeführt wurde und auf Einflüssen des britischen Rechts beruht[3], greift tief in den Selbstverwaltungsbereich der Gemeinde ein, wenn die im Rahmen des Finanzausgleichs für die Gemeinde bestimmten Finanzzuweisungen gekürzt oder ganz gesperrt werden, da die Gemeinde dann ihren Selbstverwaltungsaufgaben nicht mehr im notwendigen Umfang nachkommen kann. Deshalb sind diese Massnahmen ebenfalls Verwaltungsakte im Verhältnis Staat - Gemeinde.
Aber auch diese Massnahme wirkt über das Rechtsverhältnis des Staats zu den Gemeinden nicht hinaus; eine Beeinträchtigung Dritter in rechtlich-geschützten Interessen kommt deshalb bei einer Finanzsperre offensichtlich nicht in Betracht. Blosse Interessen werden aber durch § 42 II VwGO nicht geschützt.

f) Schliesslich ist die alljährlich erfolgende Rechnungsprüfung eine nicht unwichtige Massnahme der staatlichen Kommunalaufsicht[4]. Die Prüfung als solche ist eine rein tatsächliche Massnahme und deshalb kein Verwaltungsakt. Soweit jedoch die Vorlage oder Übersendung von Rechnungsbüchern, Belegen, Urkunden oder sonstigen Beweisstücken, oder andere Massnahmen der Gemeindebehörden, wie etwa Auskunft, in diesem Zusammenhang verlangt werden, liegen Verwaltungsakte vor. Die Rechtslage ist insoweit derjenigen beim Informationsrecht ähnlich und es gelten daher auch die dort angestellten Erwägungen entsprechend.

5) Es lässt sich nunmehr zusammenfassend feststellen, dass die kommunalaufsichtlichen Akte fast durchweg Verwaltungsakte

---

1) Finanzausgleichsgesetz v. 5.4.1948, GVBl S. 175, §§ 10, 21
2) § 126 GO
3) Vgl. dazu Schüle, Staat und Selbstverwaltung in England S. 133 ff, 137
4) Nicht zu den Aufsichtsmitteln zählt sie Helmreich-Widtmann S. 596

gegenüber den Gemeinden sind[1], durch die darüberhinaus aber auch Dritte weitgehend in ihrem Rechts- oder Interessenbereich berührt werden können. Der Begriff des Dritten, der bisher nur knapp definiert wurde, bedarf jetzt einer näheren Bestimmung.

B) Zum Begriff des Dritten

Adressat kommunalaufsichtlicher Verwaltungsakte ist immer die Gemeinde, denn die Aufsichtsmassnahmen sollen die Einordnung der Gemeinde in das Staatsganze und das reibungslose Funktionieren des auf den eigenverantwortlichen Gemeinden basierenden Verwaltungsaufbaus sichern, die Einhaltung des Rechts in diesen weitgehend verselbständigten Bereichen gewährleisten und, falls notwendig, auch eine ordnungsgemässe Durchführung der Aufgaben der Selbstverwaltungsträger sicherstellen. Kommunalaufsichtsakte regeln dieses besondere Verhältnis des Staates zu den Gemeinden. Dritte Personen sind dagegen alle Personen, die zwar durch den aufsichtlichen Verwaltungsakt in ihren Rechten oder Interessen irgendwie berührt werden, die aber nicht, wie die Gemeinden, Adressat des Verwaltungsaktes sind.
Für den Begriff des Dritten kommt es nicht darauf an, ob er erfolgreich gegen eine solche Massnahme vorgehen könnte. Es sind Fälle denkbar, dass eine Aufsichtsbehörde sich mit dem Aufsichtsmittel gleichzeitig an die Gemeinde und eine andere Person wendet, wenn z.B. aufgrund einer Aufsichtsmassnahme ein Bürgermeister einer Gemeinde abberufen wird[2], weil er den Anforderungen seines Amtes nicht gerecht wird, und diese Verfügung an die Gemeinde und ausserdem an den Bürgermeister ergeht. In diesem Falle ist der Bürgermeister Adressat des ihn belastenden Verwaltungsaktes und nicht Dritter.

---

1) Eyermann-Fröhler,RdNr. 53 zu § 42 VwGO; Klinger § 42 E I 3 c; Ule, Verwaltungsprozessrecht S. 128; Hans-J. Wolff, VerwR I S. 270; Kunze-Schmid S. 820; E.Becker, HdbKWP I S. 179; Gönnenwein S. 180; Obermayer-Mang S. 273 f; BVerwGE 19, 121; BVerwG, Urt. v. 9.7.1964, DVBl 1965, 86; BVerwG v. 30.8.1962, VerwRspr. 15. Bd. (1963) Nr. 153; VGH Stuttgart v. 15.7.1958, ESVGH 8, 70; OVG Lüneburg, OVGE 10, 359; vgl. auch Art. 120 Bay GO: "aufsichtliche Verwaltungsakte"
2) BW § 128 GO

Würde der Verwaltungsakt fälschlicherweise nur an die Gemeinde gerichtet und nicht auch an den Bürgermeister, so wäre er trotzdem unmittelbar Beteiligter an diesem Verfahren, da über seine Rechts- und Amtsstellung in der Verfügung entschieden wird. Weil die Verfügung aber nicht an ihn gerichtet ist, obwohl aus ihrem Inhalt hervorgeht, dass auch seine persönliche Rechts- und Amtsstellung hoheitlich geregelt wird, ist bei einer formellen Betrachtungsweise[1], wie das für den Vorgang der Adressierung zu fordern ist, der Bürgermeister in diesem Fall als Dritter anzusehen, wobei die Frage der Klagebefugnis bei ihm infolge des Eingriffs in seine geschützte Rechtsstellung nicht zweifelhaft sein kann[2].

Für den Begriff des Dritten ist es also nicht entscheidend, ob auch ihm gegenüber ein Verwaltungsakt vorliegt, der in seine Rechtssphäre eingreift. Das ist eine Frage der Rechtsschutzmöglichkeiten des Dritten. Es kommt deshalb auch nicht darauf an, ob er im Sinn der Rechtsprechung und herrschenden Lehre zu § 42 II VwGO durch einen an einen anderen gerichteten Verwaltungsakt in der Weise beeinträchtigt wird, dass ein rechtlich geschütztes Interesse des Dritten verletzt ist.

Der Begriff des Dritten wird je nach dem Gegenstand einer Untersuchung in verschiedener Weise gebraucht. Im Sinn dieser Untersuchungen zum Anfechtungsrecht kommunalaufsichtlicher Akte ist nur derjenige als Dritter anzusehen, an den der betreffende Verwaltungsakt nicht förmlich gerichtet ist, der aber trotzdem in irgend einer Weise dessen Rechtsstellung oder Interessenbereich berührt. Materiell rechtliche Gesichtspunkte haben deshalb bei der Begriffsbestimmung des Dritten ausser Betracht zu bleiben, denn bei der Adressierung, auf die es allein ankommt, handelt es sich um einen förmlichen Vorgang. Man kann die Adressierung und die Frage, wer von dem Verwaltungsakt betroffen oder verletzt ist, nicht gleichsetzen.

---

1) In diesem Sinn Dörffler, NJW 1963, 14 (15): "Verwaltungsakt mit Drittwirkung"

2) Es handelt sich hier um einen belastenden Verwaltungsakt mit Drittwirkung. Vgl. dazu Fromm, Verwaltungsakte mit Doppelwirkung, VerwArch 1965, 26 (27); ferner PrOVG, Urt. v. 9.5.1876, E 1, 327 als typisches Beispiel eines belastenden Verwaltungsaktes mit Drittwirkung.

Soweit in der Literatur die Ansicht vertreten wird, der Adressat eines Verwaltungsakts sei immer klagebefugt[1], wodurch Adressierung und Rechtsbeeinträchtigung insoweit gleichgesetzt werden, können aus dieser an sich etwas zu vereinfachenden Betrachtungsweise keinesfalls Rückschlüsse auf die Rechtsbeeinträchtigung und den Begriff des Dritten gezogen werden. Klagebefugnis und Adressateneigenschaft sind nicht notwendig identisch, denn die Rechtsbeeinträchtigung und damit die Klagebefugnis bestimmt sich nach materiellem Recht[2].

Nachdem nun geklärt ist, dass Dritte durch Massnahmen der Kommunalaufsicht in ihrem Rechts- oder Interessenkreis berührt sein können und durch welche Aufsichtsmassnahmen das geschehen kann, ist als nächstes die schwierige und äusserst umstrittene Frage zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen ein Dritter als in seinen Rechten beeinträchtigt anzusehen ist und ihm damit eine Klagebefugnis gemäss § 42 II VwGO zusteht.

---

1) Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit § 42 VwGO Anm. III 2; Menger, VerwArch. Bd. 51 (1960), 265

2) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch, 8. Auflage S. 495; Fromm, Verwaltungsakte mit Doppelwirkung, VerwArch 1965, 26 (28); Hoffmann, VerwArch. 1962, 297 ff (321); Rietdorf, DVBl 1964, 293 (301); OVG Münster v. 5.3.1963, DVBl 1963, 638

2. Abschnitt

Rechtsbeeinträchtigung Dritter durch Verwaltungsakte im allgemeinen

1. Teil: Grundlagen

Es handelt sich hier um ein Rechtsgebiet, das sehr weitläufig ist, bei dem eine begrenzende gesetzliche Regelung so gut wie nicht besteht und bei dem es sehr schwierig ist, klare Richtlinien und Grenzen zu finden. Die Regelung durch die Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960 hat die alten Streitigkeiten hinsichtlich der Klagebefugnis nicht ausgeräumt. Es ist deshalb nach wie vor dem Schrifttum und der Rechtsprechung überlassen, hier sachgerechte Grundlagen zu schaffen.

I. § 42 II VwGO gewährt eine Anfechtungsklage nur, wenn eine Rechtsbeeinträchtigung beim Kläger durch einen Verwaltungsakt herbeigeführt worden ist. Rechtsbeeinträchtigung und Verwaltungsakt sind deshalb die grundlegenden Voraussetzungen der Klagebefugnis und damit der Zulässigkeit einer Anfechtungsklage. Unter welchen Voraussetzungen eine solche Rechtsbeeinträchtigung gegeben ist, sagt die VwGO nicht.

1) Wenn § 42 II VwGO bestimmt, dass eine Anfechtungsklage nur derjenige erheben kann, der geltend macht, durch einen Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt zu sein, so bedeutet das an sich nur den Ausschluss der Popularklage. Die Fälle einer echten Popularklage sind jedoch in der Praxis recht selten, denn es wird kaum vorkommen, dass ein quivis ex populo, der nicht geltend macht, durch den Verwaltungsakt oder seine Ablehnung oder Unterlassung in seinen Rechten verletzt zu sein, nur aus allgemein staatsbürgerlichem Interesse an der Einhaltung der objektiven Rechtsordnung Klage erhebt. Nur hinsichtlich dieser Grenzposition herrscht allgemein Übereinstimmung. Damit ist aber wenig geholfen, denn es bleiben wesentliche Fragen bezüglich des Kreises der Anfechtungsberechtigten offen. Die Schwierigkeiten beginnen bereits dann, wenn der Kläger geltend macht, durch den Verwaltungsakt oder seine Unterlassung

zwar nicht in echten subjektiven Rechten im herkömmlichen Sinn, aber etwa in wirtschaftlichen, kulturellen oder politischen Interessen verletzt zu sein, wenn er geltend macht, er sei in einem rechtlich geschützten Interesse verletzt, dessen Feststellung oft sehr schwierig sein kann, und sie führen schliesslich zu der Frage, ob § 42 II VwGO subjektiv öffentliche Rechte im herkömmlichen Sinne voraussetzt.

2) Auch die Rechtschutzgarantie in Art. 19 Abs. 4 GG hilft nicht weiter, denn dort spricht der Gesetzgeber auch nur von "Verletzung von Rechten durch die öffentliche Gewalt". So ist es nicht verwunderlich, dass in Literatur und Rechtsprechung verschiedene Meinungen zu der Frage vertreten werden, wann ein Dritter einen Verwaltungsakt gemäss § 42 II VwGO anfechten kann.

3) Die Vorgänger des § 42 II VwGO waren die §§ 23 MRVO 165, 23 südd. VGG, 15 VGG Rh-Pf und 15 BVerwGG.§ 42 II VwGO hat nach allgemeiner Auffassung keine Neuregelung gebracht, sodass die vor Erlass der VwGO liegende Rechtsprechung und die nicht unerhebliche Literatur heute noch berücksichtigt werden können.

4) Die Regelung des § 42 II VwGO zeigt im Hinblick auf die Rechtsbeeinträchtigung vor allem drei Problemkreise auf, die alle stark umstritten sind.Sie sind nicht immer säuberlich zu trennen, denn sie greifen mehr oder weniger ineinander, aber um klare und richtige Ergebnisse zu erhalten, ist diese Trennung im grundsätzlichen einzuhalten. Manche Missverständnisse und Unklarheiten könnten vor allem in der Rechtsprechung vermieden werden, wenn die einzelnen Gruppen besser auseinandergehalten würden.
So ist zu unterscheiden:
1) Wann liegt ein "Recht" im Sinn von § 42 II VwGO vor? Diese Frage hat zentrale Bedeutung für das Anfechtungsrecht Dritter, da nur derjenige mit Erfolg klagen kann, der die Verletzung eines "Rechts", und zwar eines eigenen Rechts im Sinn von § 42 II VwGO geltend macht.
2) Wann ist dieses Recht "verletzt"?
3) Was hat der Kläger im Sinn von § 42 II VwGO "geltend zu machen"? Diese letzte Frage ist auch in jüngster Zeit wieder stark umstritten.

Im folgenden ist nun anhand des § 42 II VwGO zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen ein Dritter geltend machen kann, durch einen Verwaltungsakt oder seine Unterlassung in seinen "Rechten" verletzt zu sein, sodass die Anfechtungsklage - bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen - zulässig ist. Natürlich ist die Zulässigkeit der Klage nicht das, was der Kläger im Endeffekt mit seiner Anfechtung erreichen will, aber sie ist zunächst notwendige Voraussetzung für einen Erfolg der Klage, da bei mangelnder Zulässigkeit eine Nachprüfung der Begründetheit gar nicht mehr in Frage kommt. Ob ein Dritter erfolgreich gegen einen Verwaltungsakt vorgehen kann, ist daher bereits weitgehend von Zulässigkeitsfragen abhängig.

5) Neben dem Ausschluss der Popularklage steht nach der gesetzlichen Formulierung des § 42 II VwGO noch eine weitere Tatsache fest, die für die Anfechtungsmöglichkeiten Dritter grundlegende Bedeutung hat. § 42 II VwGO sagt nichts darüber aus, dass etwa nur der Adressat des Verwaltungsakts ein Klagerecht hätte, sondern jeder, der geltend macht, durch den Verwaltungsakt oder seine Unterlassung in seinen Rechten verletzt zu sein. Da als "Dritter" jeder anzusehen ist, an den der Verwaltungsakt nicht adressiert ist, bedeutet die gesetzliche Regelung, dass keine Beschränkung des Kreises der Anfechtungsberechtigten auf die Adressaten gewollt ist, dass vielmehr jeder Dritte grundsätzlich ein Klagerecht besitzt[1]. Da es hier nur um das Klagerecht Dritter geht, sind die "Verwaltungsakte mit Doppelwirkung" in dem von Dörffler verstandenen Sinn, die an mehrere Personen gerichtet sind und den einen begünstigen, den anderen belasten[2], nicht Gegenstand der folgenden Untersuchungen, da die belasteten Adressaten keine "Dritten" sind.

---

1) Dass es nicht auf den Adressaten ankommt, ist an sich eine alte Erkenntnis der Rechtsprechung, vgl. bereits Preuss. OVG Bd. 1 S. 327

2) Dörffler, Verwaltungsakte mit Drittwirkung, NJW 63, 14 ff; vgl. dazu ferner Forsthoff S. 205; Haueisen, Verwaltungsakte mit mehreren Betroffenen, NJW 1964, 2037 ff; Sellmann, Die Problematik der Verwaltungsakte mit Doppelwirkung, NJW 1964, 1545; insbes. Fromm, VerwArch Bd. 56 S. 26 ff (28)

Ihr Anfechtungsrecht ergibt sich in der Regel daraus, dass ein belastender Verwaltungsakt gegen sie ergangen ist und dadurch in ihre Rechtssphäre eingegriffen wurde[1]. Für die Klagebefugnis Dritter ist es auch nicht von Bedeutung, ob der Verwaltungsakt, der den Dritten in seinen Rechten beeinträchtigt, den Adressaten begünstigt oder ebenfalls belastet[2].

II) Es ist allerdings recht schwierig, den Kreis der Dritten, denen ein Klagerecht zustehen soll, sinnvoll zu begrenzen. Der zentrale Punkt für die Festlegung des Kreises der Klageberechtigten liegt in dem gesetzlichen Erfordernis des Geltendmachens von "Rechten". Was allerdings unter diesem Begriff zu verstehen ist, hat der Gesetzgeber der VwGO offengelassen. Es blieb daher nach wie vor der Rechtsprechung und dem Schrifttum überlassen, diesen Begriff näher auszugestalten. Auch bei den Vorgängern des § 42 II VwGO - §§ 23 MRVO 165, 23 südd. VGG, 15 VGG Rh-Pf und 15 BVerwGG sind diese Schwierigkeiten in ähnlicher Weise aufgetreten, sodass die Rechtsprechung und Literatur zu diesen Bestimmungen auch heute noch verwertet werden kann.

1) Es handelt sich hier um einen Rechtsbereich, der seit Inkrafttreten des Grundgesetzes stark in Bewegung geraten ist und der auch heute noch nicht endgültig geklärt ist. Es hat sich unter der Geltung des Grundgesetzes ein Wandel in der Auffassung über das Verhältnis des Menschen zum Staat durchgesetzt, der auch nicht ohne Auswirkung auf die Frage geblieben ist, was unter "Rechten" zu verstehen ist und unter welchen Voraussetzungen das Gesetz dem Bürger ein solches "Recht" gewährt. So konnte man auch durch ein Zurückgreifen auf den Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts im herkömmlichen Sinne diesen neuen Wertungen nicht mehr gerecht werden, ganz abgesehen von den terminologischen Meinungsverschiedenheiten zu diesem Begriff.

---

1) Ule, Verwaltungsprozessrecht S. 120
2) Bernhardt, Zur Anfechtung von Verwaltungsakten durch Dritte, JZ 1963, 303

Inzwischen hat sich in Schrifttum und Rechtsprechung die Auffassung durchgesetzt, dass immer dann, wenn ein Satz des objektiven Rechts nicht nur das öffentliche Interesse schützen will, sondern auch dem Schutz der Interessen einzelner Bürger dienen will, und sei es auch nur neben dem Schutz der öffentlichen Interessen, der einzelne die Rechtsmacht haben muss, seine durch die objektive Rechtsordnung - zumindest auch - geschützten Interessen durchzusetzen. Im Gegensatz dazu eröffnet ein reiner Rechtsreflex den Klageweg nicht.

2) Gleichzeitig mit dieser die Klagemöglichkeit des einzelnen ausdehnenden Entwicklung ist eine weitere Erscheinung verbunden, die die Rechtsschutzmöglichkeiten des einzelnen erweitert. So wird heute die Interessenrichtung vieler Normen anders beurteilt, als das vor der Geltung des Grundgesetzes der Fall war. Während man früher bei vielen Normen des objektiven Rechts als selbstverständlich davon ausging, dass sie nur den öffentlichen Interessen zu dienen haben, ist heute unter der Verfassungsordnung des Grundgesetzes mehr und mehr eine Wertung im Vordringen begriffen, die den Zweck vieler Normen jetzt auch darin erblickt, allein oder neben den öffentlichen Interessen dem Schutz von Individualinteressen zu dienen. Auch diese neue Entwicklung steht in innerem Zusammenhang mit dem modernen Menschenbild des Grundgesetzes.

Diese allgemeinen Entwicklungstendenzen sind für das Anfechtungsrecht Dritter und für die Bestimmung des Kreises der Anfechtungsberechtigten von grundlegender Bedeutung. Im folgenden soll eine knappe Übersicht über die seitherige Rechtsprechung zu der Frage, wann ein Dritter ein "Recht" im Sinn von § 42 II VwGO hat, gegeben werden. Die Fülle der Entscheidungen zu dieser Frage ist heute kaum noch zu überschauen. Es wird daher vor allem auf die auch für die Untergerichte richtungweisende Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts abgestellt werden.

2. Teil: Die Rechtsprechung zur Rechtsbeeinträchtigung Dritter

Die Rechtsprechung stellt die blossen Interessen, die durch eine Reflexwirkung objektiven Rechts begünstigt sein können, den "rechtlich geschützten Interessen" gegenüber. Nur wenn ein Rechtssatz vorhanden ist, der - zumindest auch - den Interessen des einzelnen zu dienen bestimmt ist, liegt ein rechtlich geschütztes Interesse vor und nur dann ist eine Klagemöglichkeit gegeben. Rechtlich geschützte Interessen werden als "Recht" im Sinn von § 42 II VwGO angesehen.

I) Aus diesem Grund verneint die Rechtsprechung eine Klagebefugnis zu recht, wenn lediglich wirtschaftliche Interessen eines Dritten beeinträchtigt werden. Das entspricht der allgemeinen Auffassung. Es handelt sich dabei meistens um Fälle, in denen einem anderen Unternehmer oder Bewerber eine Begünstigung erteilt wird, die sich auf den Interessenbereich des Klägers ungünstig auswirkt.

1) So hat das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 29.8.1957[1] entschieden, dass einem Apotheker kein Klagerecht zusteht, wenn innerhalb seines bisherigen Einzugsgebiets noch einem anderen Apotheker eine Konzession erteilt wird. Das Gericht hebt ausdrücklich hervor, dass eine Verletzung wirtschaftlicher Interessen keine Rechtsverletzung im Sinn von § 23 I 1 MRVO 165 enthalte, obwohl die Rechtsprechung den Begriff des "Rechts" über die "subjektiv öffentlichen Rechte hinaus" ausgedehnt habe.
Ähnliche Gedankengänge liegen dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 28.1.1960[2] zugrunde. Danach erhält ein Versicherungsunternehmen durch die Zulassung zum Geschäftsbetrieb keine Klagebefugnis gegen Entscheidungen, durch die andere Versicherungsunternehmen zum Geschäftsbetrieb zugelassen werden. Die Klagebefugnis sei nur dann gegeben, wenn der "rechtlich geschützte Lebenskreis" durch den angefochtenen Verwaltungsakt betroffen werde. Von einem solchen Betroffen-

1) NJW 1958, 643
2) BVerwGE 10, 122 = NJW 1960, 1315

sein könne aber nicht gesprochen werden, wenn sich bereits aus dem eigenen Vortrag des Klägers ergibt, dass die Annahme einer Rechtsverletzung unhaltbar sei. Die Kläger befürchteten durch die Betätigung des neu zugelassenen Unternehmens eine Gefährdung ihrer Existenz. Diese Bedrohung berühre die wirtschaftlichen, nicht aber die im Klagewege allein verfolgbaren rechtlichen Interessen.

Wenn das Bundesverwaltungsgericht jedoch andererseits ausführt[1], dass ein Mitbewerber befugt sei, gegen die Zulassung eines anderen Bewerbers zu klagen, wenn er geltend machen könne, die dem Bewerber erteilte Zulassung sei rechtswidrig, die ihm zu erteilende dagegen nicht, so ist das eine recht weitgehende Ansicht des Gerichts. Um eine Klagebefugnis zu begründen, müssen noch weitere Umstände hinzukommen, wie etwa eine rechtlich geschützte Anwartschaft. So hat das BVerwG in einem anderen Urteil ausgeführt[2], dass ein abgelehnter Bewerber dann die Bestellung eines anderen Bewerbers anfechten könne, wenn er eine besondere Anwartschaft erworben habe, über die sich die Behörde nicht einfach hinwegsetzen dürfe. Das sei bei dem Bezirksschornsteinfeger aufgrund einer Eintragung in die nach der Verordnung über das Schornsteinfegerwesen vom 28.7.1937 aufzustellende Bewerberliste der Fall.
Dem Verwaltungsgerichtshof Stuttgart[3] ist deshalb zuzustimmen, wenn er ausführt, dass ein Bewerber grundsätzlich nicht befugt sei, gegen die Zulassung eines anderen Bewerbers zu klagen, da er grundsätzlich in keinem Recht verletzt sei. Im Einzelfall kann das jedoch anders sein.
Auch reine Verbandsinteressen reichen für eine Klagebefugnis nicht aus. So hat das BVerwG entschieden[4], dass durch die Zulassung eines Rechtsanwalts, die entgegen der gutachtlichen Stellungnahme der Rechtsanwaltskammer erfolgt, die Rechtsanwaltskammer nicht in ihren Rechten verletzt werde. Auch genügen für eine Landesärztekammer[5] nicht die allgemeinen ärztlichen Standesinteressen, um ihr ein Klagerecht einzuräumen.

---

1) Urt. v. 13.5.1960, BVerwGE 10, 310 ff (314)
2) BVerwG I C 101/59 = GewArch. 1962, 9
3) v. 17.7.1952, ESVGH 2, 97 ff
4) Urt. v. 23.1.1958, DVBl 1958, 391
5) Urt. des BVerwG v. 26.1.1954, VerwRspr. Bd. 6 S. 887

2) Ganz andere Interessen, wie z.B. kirchliche Interessen, reichen nach einem Urteil des BVerwG vom 18.12.1959 [1] für sich allein ebenfalls nicht aus, um die Klagebefugnis für eine Anfechtungsklage zu begründen. In dieser vom BVerwG entschiedenen Sache war die Klage einer Kirchengemeinde gegen die Erteilung einer Schankerlaubnis einer in unmittelbarer Nähe einer Kirche zu eröffnenden Gaststätte jedoch deshalb zulässig, weil die Klägerin geltend machen konnte, ihr Grundrecht auf ungestörte Religionsausübung (Art. 4 Abs. 2 GG) würde durch die Erteilung der Schankerlaubnis beeinträchtigt.

Da die eingriffsermächtigende Norm des § 2 Abs. 1 Nr. 4 Gaststättengesetz ausschliesslich der Wahrung des Allgemeininteresses dient, tauchte hier die besondere und wichtige Frage auf, ob die Klägerin sich auf allgemeine Vorschriften berufen kann, wenn die eingriffsermächtigende Norm ihrem Interessenschutz nicht dient. Das BVerwG hat das bejaht, indem es erklärte, dass auch eine Berufung der Kirchengemeinde auf Art. 4 II GG ausreiche. Damit hat das Gericht die wichtige Feststellung getroffen, dass es für die Klärung der Frage, ob ein rechtlich geschütztes Interesse vorliegt, nicht nur darauf ankommt, dass die Norm, auf der der angefochtene Verwaltungsakt beruht, auch die Interessen des Dritten schützt, sondern darüberhinaus kann der Dritte auch geltend machen, dass höherrangige allgemeine Vorschriften wie die Grundrechte, die seine Interessen zu schützen bestimmt sind, verletzt seien.

Es kommt deshalb nach der Rechtsprechung zunächst darauf an, ob das eingriffsermächtigende Gesetz der Verwaltung bei ihren Entscheidungen die Berücksichtigung der Interessen Dritter vorschreibt, also von Personen, an die der Verwaltungsakt nicht gerichtet ist, oder ob die Entscheidung ohne Heranziehung und Abwägung von Drittinteressen zu treffen ist. Es ist dann weiter bedeutsam, ob die übrige Rechtsordnung die Rechtsstellung oder das Interesse eines Dritten gegenüber der Entscheidung der Verwaltung schützen will.

---

1) DÖV 1960, 716 ff = NJW 1960, 1361 ff

Nun ist es allerdings oft so, dass das Gesetz, das die Verwaltung zu Eingriffen durch Erlass von Verwaltungsakten ermächtigt, gleichzeitig auch die Interessen dritter Personen schützen will. Im Einzelfall kann die Feststellung der Schutzrichtung einer Norm manchmal recht schwierig sein. Die Verwaltungsbehörde wird durch derartige Normen veranlasst, die Rechtsstellung Dritter bei ihrer Entscheidung zu berücksichtigen. In diesen Fällen kann der Dritte geltend machen, dass seine "Rechte", d.h. seine rechtlich geschützten Interessen, durch den behördlichen Akt verletzt sind. Das ist sozusagen der Grundfall eines rechtlich geschützten Interesses.
Nun zeigt die letztgenannte Entscheidung des BVerwG aber, dass die "rechtlich geschützten Interessen" sich nicht immer nur unmittelbar aus dem die Sache regelnden, speziellen Gesetz ergeben müssen, dass vielmehr auch andere gesetzliche Vorschriften, insbesondere verfassungsrechtlicher Art, herangezogen werden können, um ein schutzwürdiges rechtliches Interesse zu begründen. Es ist in der Regel allerdings schwierig, abzuwägen, ob ein spezielles Gesetz, auf dem das Handeln der Verwaltung beruht und das die Interessen Dritter nicht schützt, weil es nur öffentliche Interessen regeln will, durch ein allgemeines Gesetz - etwa verfassungsrechtlicher Art - derartig überlagert werden kann, dass im Einzelfall die Rechtsstellung Dritter aufgrund dieses allgemeinen Gesetzes so starke Kraft entfaltet, dass sie bei der Entscheidung der Behörde zu berücksichtigen ist. Inwieweit hier allgemeine Vorschriften im Hinblick auf dritte Personen auf die speziellen, nur das öffentliche Interesse schützenden, eingriffsermächtigenden Vorschriften einwirken und eine Klagebefugnis ermöglichen können, ist von der Rechtsprechung noch nicht abschliessend geklärt worden. Diese Fälle müssen aber in sinnvoller Weise begrenzt werden, da sonst Dritte fast immer unter Berufung auf irgendeine allgemeine Vorschrift aus der Verfassung, auf irgendein möglicherweise verletztes Grundrecht, die Klagemöglichkeit besitzen würden. Dazu wäre hier im Gegensatz zu der Rechtsstellung bei Adressaten eine "begrenzte Schlüssigkeitsprüfung", wie sie etwa Lüke[1)] herausgearbeitet hat, für die Frage der Rechtsbeeinträchtigung im

1) AÖR 84, 185 ff

Rahmen des § 42 II VwGO zu empfehlen[1]. Denn für Dritte ist es in der Regel nicht schwierig, aus der Vielzahl der Grundrechte ein oder mehrere sie schützende Grundrechte zu bemühen, die durch den Verwaltungsakt möglicherweise verletzt sein sollen.
Die Tendenz der Rechtsprechung, die Klagebefugnis auf diese Weise zu weit auszudehnen, wird deshalb auch zu Recht von Menger[2] kritisiert.
Trotzdem ist dieser Rechtsprechung im Grundsatz zuzustimmen, denn es gibt durchaus Fälle, in denen ein auf einer allgemeinen Vorschrift der Verfassung beruhendes Recht, ein Grundrecht, verletzt sein kann. Hier ist ein Dritter dann auch schutzwürdig. Es wird allerdings noch Aufgabe von Literatur und Rechtsprechung sein, die richtigen Grenzen in diesem Bereich aufzuzeigen.

3) Das BVerwG ist in der Heranziehung allgemeiner Normen aber noch weiter gegangen als in der letztgenannten Entscheidung, als es in seinem Urteil vom 12.4.1956[3] die Klagebefugnis weder auf eine einfache, dem Interessenschutz des einzelnen dienende Norm, noch auf eine näher substantiierte Bestimmung des Grundrechtskatalogs stützte, sondern die Behauptung ausreichen liess, der Kläger werde in seiner Vertragsfreiheit nach Art. 2 I GG verletzt. Damit hat es bereits diese sehr allgemeine und deshalb schwer fassbare Bestimmung des Grundgesetzes zur Begründung des Anfechtungsrechts Dritter herangezogen. Die Klagebefugnis Dritter geht deshalb nach der Rechtsprechung sehr weit.

II) Etwas anders liegen dagegen die Fälle, bei denen die Verfassung durch ihre grundlegenden Prinzipien, wie den Grundsatz der Menschenwürde, die Stellung des Menschen im Verhältnis zum Staat, zu einer revidierten Interessenwertung einer speziellen Norm führt.

---

1) Vgl. dazu aber BVerwG v. 30.10.1963, JZ 1964, 301
2) VerwArch. 1960 (Bd. 51), 384 f
3) BVerwGE 3, 237

1) Ein Beispiel dafür ist die Stellung des Hilfsbedürftigen im Fürsorgerecht, der früher nur Objekt der einschlägigen Bestimmungen und damit des staatlichen Handelns war, da man die Fürsorgegewährung als nur auf polizeilichen Gesichtspunkten beruhend ansah, und ihm keinen Rechtsanspruch auf Fürsorge zubilligte. Die Grundlage für die neue Entwicklung schuf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24.6.1954[1]. Es brach mit der herkömmlichen Rechtsprechung, nach der der Hilfsbedürftige nur reflexartig begünstigt werde und billigte ihm einen Rechtsanspruch auf Fürsorge zu, obwohl sich die gesetzlichen Bestimmungen damals noch nicht geändert hatten. Es galt die aus dem Jahr 1924 stammende Fürsorgepflichtverordnung[2], an deren Stelle jetzt das Bundessozialhilfegesetz vom 30.6.1961[3] getreten ist. Das Gericht hielt die überlieferte Auffassung, die der Verordnung zugrunde liegt, dass die Fürsorgepflicht der Behörde dem Bedürftigen gegenüber nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung obliege, sodass dieser Objekt des Handelns der Verwaltung sei, für unvereinbar mit den inzwischen veränderten sozialen Verhältnissen und den Wertungen und Leitgedanken des Grundgesetzes. Das Gericht stellte hierbei besonders auf das Verhältnis des Menschen zum Staat ab, das es als besondere Leitidee des Grundgesetzes bezeichnet, nach dem der einzelne zwar der öffentlichen Gewalt unterworfen sei, aber nicht als Untertan, sondern als Bürger. Er dürfe deshalb in der Regel auch nicht lediglich Gegenstand staatlichen Handelns sein. Er werde vielmehr als selbständig sittlich verantwortliche Persönlichkeit und deshalb als Träger von Rechten und Pflichten anerkannt. Dies müsse vor allem dann gelten, wenn es um seine Daseinsmöglichkeit gehe.

Besonders bedeutsam ist auch die Entscheidung des Gerichts, dass das durch die Fürsorgepflichtverordnung geschützte Individualinteresse sich zu einem echten Rechtsanspruch verdichtet habe. Rechtlich geschützte Interessen werden damit durch die Rechtsprechung den subjektiv öffentlichen Rechten praktisch gleichgestellt, da heute unter der Verfassungsordnung

---

1) BVerwGE 1, 159
2) vom 13.2.1924, RGBl I, 100
3) BGBl I, 815

des Grundgesetzes jedes objektivrechtlich geschützte Individualinteresse genau so wie ein subjektives Recht die Klagemöglichkeit eröffnet. Man versteht deshalb heute unter "Rechten" im Sinn vom § 42 II VwGO gleichfalls die "rechtlich geschützten Interessen", beide Begriffe sind für § 42 II im Ergebnis gleichbedeutend. Es wird daher heute auch die Ansicht vertreten, dass objektivrechtlich geschützte Individualinteressen, also von der Rechtsordnung gewährte und gewollte Begünstigungen von Verfassungswegen als "subjektiv öffentliche Rechte" anzusehen sind[1].

2) Es ist noch auf zwei neuere wichtige Entscheidungen hinzuweisen, denen ebenfalls eine heute gewandelte Interessenwertung zugrundeliegt. So ist das BVerwG in seinem Urteil vom 18.8.1960[2] von der herkömmlichen Auffassung abgewichen, dass ein Einschreiten der Polizei gegen rechts- und ordnungswidrige Zustände nur im Allgemeininteresse zu erfolgen habe. Diese Pflicht der Polizei zum Einschreiten bestehe vielmehr auch in bestimmten Fällen gegenüber einem von einer Rechts- oder Ordnungswidrigkeit betroffenen Bürger, der damit einen klagbaren Anspruch auf Tätigwerden der Polizei haben kann[3]. Schliesslich hat das BVerwG in seinem Urteil vom 14.7.1959[4] das Impfgesetz dahingehend ausgelegt, dass es neben der im Gesetz festgelegten Pflicht, sich impfen zu lassen, auch ein Recht des Bürgers enthalte, geimpft zu werden.
Diesen beiden Entscheidungen liegen ähnliche Gedankengänge und Interessenwertungen zugrunde wie dem Urteil über die Stellung des Fürsorgeberechtigten. In den letzten drei Fällen wird also im Gegensatz zu der davor besprochenen Entscheidung über die Klagebefugnis der Kirchengemeinde keine allgemeine Norm herangezogen, weil die eingriffsermächtigende Norm nur ganz eindeutig das Allgemeininteresse schützt, sondern hier wird der Inhalt der eingriffsermächtigenden Norm selbst durch Auslegung dem Sinn der Grundsätze und Leitideen

---

1) Bachof, Ged. Schrift für W. Jellinek, 287 ff, 301; Maunz-Dürig, Anm. V 1 b zu Art. 19 IV GG
2) BVerwGE 11, 95
3) Vgl. dazu die Besprechung von Bachof, DVBl 1961, 128 ff
4) BVerwGE 9, 78

der Verfassung angenähert, sodass sie selbst "Rechte" gewährt, wo früher die Betroffenen nur reflexartig begünstigt wurden.

III) Es sollen nun noch einige charakteristische Beispiele aus der Rechtsprechung angeführt werden, die die Tendenz der Rechtsprechung und die Problematik des Anfechtungsrechts Dritter verdeutlichen sollen.

Nach Ansicht des BVerwG ist die Entscheidung der Landesjustizverwaltung, mit der diese einer ausserehelichen Verbindung rassisch Verfolgter die Rechtswirkungen einer gesetzlichen Ehe zuerkennt, ein Verwaltungsakt, der von Dritten nicht angefochten werden kann[1]. Die zwei Brüder des Verstorbenen, die auf Aufhebung klagten, könnten als einzige Grundlage einer Rechtsverletzung die Schmälerung ihres Erbrechts vorbringen. Vor dem Tod des Erblassers hätten sie jedoch kein Recht auf die Erbschaft gehabt, nicht einmal eine Anwartschaft, sondern nur eine "nuda spes". Das BVerwG übernimmt in diesem Urteil die von Bachof[2] geprägte Begriffsbestimmung für "Recht" und "Rechtsverletzung": "Das Recht einer Person ist verletzt, wenn ein der Befriedigung ihrer Eigeninteressen dienender, zwingender Rechtssatz zu ihrem Nachteil nicht oder nicht richtig angewendet wurde"[3].
Im Gegensatz dazu hält das Gericht die Klagebefugnis für gegeben, wenn Personen, die mit dem Verstorbenen verheiratet oder in einer die Anerkennungsvoraussetzungen erfüllenden Weise verbunden waren, gegen die Anerkennung gemäss § 1 I Anerkennungsgesetz vorgehen wollen[4].

Eine Vorschrift, die das Hinausschieben der Polizeistunde bei einer Schankwirtschaft gestattet (§ 14 GaststG), hat nach Auffassung des BVerwG[5] auch nachbarschützenden Charakter. Das wird aus § 11 GaststG gefolgert, da hiernach dem Inhaber einer Schankerlaubnis Auflagen zum Schutz bestimmter Personengruppen, wozu die Bewohner des Grundstücks

---

1) Urt. v. 31.8.1958, BVerwGE 6, 167
2) DRZ 1950, 341, 345
3) Vgl. zu dem Urt. krit. Tannert, DVBl 1958, 749, zustim. Bettermann, DVBl 1958, 830 und FamRZ 1957, 151
4) BVerwGE 10, 192
5) BVerwGE 11, 331

und der Nachbargrundstücke gehören würden, auch noch nach Erteilung der Erlaubnis auferlegt werden können, um sie vor erheblichen Nachteilen und Belästigungen zu schützen. Deshalb könnten die Eigentümer und Bewohner der Nachbargrundstücke die Erlaubnis einer Verlängerung der Sperrstunde anfechten, wenn sie in ihrer Nachtruhe gestört würden[1].

IV) Gemeinsames Merkmal der bisher aufgeführten Beispiele aus der Rechtsprechung ist, dass ein rechtlich geschütztes Interesse des Dritten und damit die Möglichkeit, den Verwaltungsakt anzufechten, dann angenommen wurde,wenn ein geschütztes, materielles Rechtsverhältnis vorlag. Daraus ist der Schluss zu ziehen, dass ein rechtlich geschütztes Interesse grundsätzlich eine geschützte, materielle Rechtsposition des Dritten voraussetzt. Das ergibt sich auch daraus, dass der Kläger heute nach § 42 Abs. 2 VwGO und früher nach den entsprechenden Bestimmungen der Verwaltungsgerichtsgesetze geltend machen muss, in seinen Rechten verletzt zu sein, was auf eine materielle Rechtsposition hindeutet.
Nun sind aber in manchen Bundes- und Landesgesetzen rein formelle Rechtsstellungen für bestimmte Personen vorgesehen, die nicht geltend machen können, in ihren Rechten verletzt zu sein, weil ihnen eine geschützte,materielle Rechtsposition fehlt. Die Zulässigkeit einer solchen Klage, die immer eine ausdrückliche, gesetzliche Vorschrift voraussetzt, ergibt sich aus den Worten in § 42 Abs. 2 VwGO: " ... soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist".

In derartigen Fällen liegen keine Verwaltungsakte mit Drittwirkung vor, denn diejenigen Personen, denen durch Gesetz die Klagemöglichkeit im öffentlichen Interesse eingeräumt worden ist, haben keine eigene materielle Rechtsstellung, sodass ihnen gegenüber sachlich nichts geregelt werden kann oder soll. Die Klage steht ihnen deshalb nur insoweit zu, dass der formell fehlerhafte Verwaltungsakt aufzuheben ist[2].

---

1) Vgl. dazu Bettermann, NJW 1961, 1097 = DVBl 1961, 408
2) Dörffler a.a.O.

Beispiele für eine solche Ausdehnung der Klagebefugnis auf Personen, die in dem betreffenden Verfahren an sich gar nicht in ihren materiellen Rechten verletzt sein können, bilden z.B. § 338 LAG, der dem Vertreter der Interessen des Ausgleichsfonds, § 35 II WehrpflG, der dem Leiter des Bezirks-Wehrersatzamts eine solche Klagemöglichkeit einräumt[1]. Diese Fälle bereiten der Rechtsprechung keine grossen Schwierigkeiten, weil die Klagebefugnis ausdrücklich auf Gesetz beruht[2].

Nun gibt es aber eine ganze Reihe von Gesetzen, in denen eine Beteiligung bestimmter Personen, insbesondere Vereinigungen wie Wirtschafts- und Berufsverbände, in dem Verfahren, das zum Erlass eines Verwaltungsakts führt, vorgeschrieben ist, sei es, dass sie mitwirken "können", "sollen" oder "müssen". Die Rechtsprechung gewährt hier zum Teil die Klagebefugnis, wobei manchmal zweifelhaft bleibt, ob wirklich eine materielle Rechtsposition neben der rein förmlichen Beteiligung am Verwaltungsverfahren vorliegt, oder ob auf diese förmliche Beteiligung allein abgestellt wird. Das ist aber von Bedeutung, da bei einer vorgeschriebenen, förmlichen Beteiligung eines Dritten am Verwaltungsverfahren der Dritte höchstens darauf klagen könnte, dass seine vorgeschriebene Beteiligung, z.B. in der Form der Anhörung, von der Behörde gestattet wird, wozu allerdings Voraussetzung ist, dass er eine gesetzlich geschützte, formelle Rechtsposition besitzt, ein Gesetz ihm also Rechte auf Beteiligung einräumt, nicht aber, dass ihm gegenüber eine Sachentscheidung zu ergehen hat.

So hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass ein zum Omnibuslinienverkehr bereits zugelassenes Unternehmen die Zurückweisung seines Widerspruchs gegen die Zulassung eines weiteren Unternehmens mit Klage anfechten kann[3]. Dem Kläger stand das Recht zu, vor der Entscheidung der Behörde angehört

---

1) Weit. Beispiele bei Ule, Verwaltungsprozessrecht S. 136
2) Wie bei § 19 II 2 GaststG, der heute aber wegen der unzulässigen Bedürfnisprüfung seiner Grundlage entbehrt, vgl. BVerwGE 1, 79 f
3) BVerwGE 9, 340 v. 20.11.1959

zu werden (§ 9 I Nr. 2 DVPBefG) und der Zulassung des neuen Unternehmens innerhalb von zwei Wochen zu widersprechen(§ 9 III 3; § 5 IV DVPBefG). Das Gericht ging davon aus, dass die Beteiligung nicht nur den Zweck habe, die Behörde zu informieren. Der Kläger habe nicht nur ein "Recht darauf, dass die Behörde das vorgeschriebene Anhörungsverfahren durchführt, sondern ist für seine Person berechtigt, ihr gegenüber die Interessen des öffentlichen Verkehrs geltend zu machen. Insoweit ist ihm eine schutzwürdige Rechtsposition eingeräumt".

Inwieweit der Kläger hier eigene materielle Rechte verfolgt, soweit er "die Interessen des öffentlichen Verkehrs geltend macht", ist fraglich[1]. Das Gericht hat dagegen einem nur vorläufig zugelassenen Unternehmer das Klagerecht ebenso versagt[2] wie einer berufsständischen Vertretung, die nach § 9 II DVPBefG im Verfahren über die Genehmigung eines Kraftdroschkenunternehmens angehört wurde[3]. Auch bei der Zulassung eines Rechtsanwalts, die entgegen der gutachtlichen Stellungnahme der Rechtsanwaltskammer erfolgt, besteht kein Klagerecht der Kammer[4].

Aus diesen Beispielen aus der Rechtsprechung ergibt sich, dass eine Beteiligung am Verwaltungsverfahren nicht ohne weiteres ausreicht, um eine Klagebefugnis zu begründen. Sie wird zwar eine Vermutung[5] für ein "Recht" des Beteiligten abgeben, aber es kommt immer auf den Einzelfall an, ob das Gesetz wirklich die Rechte des Klägers schützen will oder ob die Unterrichtung nur im öffentlichen Interesse, zur besseren Unterrichtung der Behörde, vorgesehen ist. Selbst bei einer gesetzlich vorgeschriebenen Pflicht zur Anhörung eines Dritten braucht deshalb ein Recht des Dritten nicht verletzt zu sein, wenn die Anhörung unterbleibt, so z.B. bei einer gutachtlichen Anhörung[6], wenn diese nur zur Information der Behörde erfolgen soll.

---

1) Vgl. die Besprechung von Menger, VerwArch 1960 (Bd. 51), 267; Bachof, Verfassungsrecht S. 222, Ziffer 98
2) BVerwGE 10, 310 = NJW 1960, 1971
3) Urt. des BVerwG v. 29.1.1960, DVBl 1960, 286
4) BVerwG v. 23.1.1958, DVBl 1958, 391
5) Vgl. Maunz-Dürig, Anm. V 1 d zu Art. 19 IV: "praktikables Indiz"
6) BVerwGE 5, 79

V) Auch im öffentlichen Baurecht spielt die Frage nach der Rechtsbeeinträchtigung Dritter eine grosse Rolle. Die Problematik konzentriert sich vor allem auf die öffentlich-rechtliche Nachbarklage, die das Schrifttum und die Rechtsprechung bis heute stark beschäftigt hat[1]. Im grossen und ganzen gelten aber hier die gleichen Grundsätze wie in den übrigen Rechtsbereichen, sodass ein knapper Überblick über die Klagebefugnis Dritter im öffentlichen Baurecht genügen muss.

---

1) Vgl. dazu Bender, Aktuelles zur Problematik des gerichtlichen Nachbarschutzes im Baurecht, NJW 1966, 1989; Fromm, Zum Suspensiveffekt bei der Nachbarklage und in vergleichbaren Fällen, DVBl 66, 241; Peters, Der Dritte im Baurecht, DÖV 1965, 744 ff; Sellmann, Entwicklung und Problematik der öffentlich-rechtlichen Nachbarklage im Baurecht, DVBl 1963, 273 ff; Dörffler, Verwaltungsakte mit Drittwirkung, NJW 1963, 14 ff; Rüfner, Materiellrechtliche Voraussetzungen und Grenzen des nachbarschädlichen Baudispenses, DVBl 63, 609; Braun, Nachbarrechte im neuen Bauplanungsrecht, BaWü VBl 1963, 113; Obermayer, Zur Rechtsstellung des Nachbarn im Baurecht und zum Folgenbeseitigungsanspruch, JuS 63, 110; Kniestedt, Nachbarklage und nachbarschaftliches Gemeinschaftsverhältnis, DÖV 1962, 89; Evers, Die Nachbarklage im Baurecht, JuS 1962, 87 ff; W. Schäfer, Hat die Anfechtungsklage des von einem begünstigenden Verwaltungsakt benachteiligten Dritten aufschiebende Wirkung? DVBl 1962, 844 ff; Gress, Über die subjektiv-öffentlichen Rechte des Bauherrn und seines Nachbarn in Württemberg, Verw Pr 53, 17; Haueisen, Die Stellung des Nachbarn im Baurecht, VerwPr 51, 101; Pietzonka, Der Nachbar im Baurecht, NJW 1954, 1881; ders., Der Bauherr und sein Nachbar im Baurecht, BBauBl 1958, 66; Redeker, Nachbarklage - öffentlich rechtlich oder zivilrechtlich? NJW 59, 749; Gelzer, Zweifelsfragen zur Nachbarklage im öffentlichen Recht, NJW 59, 1905

Zunächst hat die Rechtsprechung nach Inkrafttreten des Grundgesetzes die öffentlich rechtliche Nachbarklage auch weiterhin abgelehnt[1]. Nach einigem Hin und Her hat sich dann jedoch die heute herrschende Auffassung allmählich durchgesetzt. Den Anfang machte das OVG Berlin mit seinem Urteil vom 29.2.1952[2], dem nach und nach die anderen Obergerichte folgten[3]. Den vorläufigen Abschluss und Höhepunkt der neuen Entwicklungstendenzen bildete das Urteil des BVerwG vom 18.8.1960[4], in dem es die neuen Grundsätze bestätigte.

Nach heutiger Ansicht besitzt der Nachbar dann eine Klagebefugnis und kann eine einem andern erteilte Baugenehmigung anfechten, wenn er die Verletzung baurechtlicher Vorschriften rügt, die allein oder zumindest auch dem Schutz des Nachbarn zu dienen bestimmt sind. Hierzu gibt es eine Fülle gerichtlicher Entscheidungen[5].

Die Rechtsprechung beruht auch hier auf der Gegenüberstellung von blossen Rechtsreflexen eines den Bürger begünstigenden objektiven Rechtssatzes und den "subjektiven Rechten", zu denen man, wenigstens heute, grossenteils die rechtlich geschützten Interessen rechnet, die ebenfalls dem Nachbarn eine Rechts- und Willensmacht einräumen sollen und damit die Klagebefugnis gewähren[6]. Man stützt diese

---

1) Vgl. z.B. VG Stuttgart, Urt. v. 31.3.1950, DÖV 1950,597; Hess VGH, Urt. v. 24.5.1950, DVBl 1951, 185; OVG Münster, Entsch. v. 7.9.1950 und 17.6.1952, Thiel, BRS 1,49 und 2,213; Württ.-Bad. VGH,Urt.v.13.3.1952, ESVGH 1, 126; VGH Freiburg, Urt. v. 30.6.1954, BBauBl 1954, 562

2) Entsch. OVG Berlin 1,39 = BRS 2, 198

3) Bay. VGH in BayVGHE NF 5, 119 ff und VerwRspr. 5,207 ff; OVG Koblenz, Beschl. v. 18.10.1953, AS Rh-Pf 1, 400 = BRS 3, 126; Württ-Bad VGH, Urt.v.5.3.1954, ESVGH 4, 76; OVG Münster, Urt. v. 10.9.1957, NJW 1958, 354

4) BVerwGE 11, 95

5) Z.B. BVerwGE 22, 129 = DVBl 66, 269; OVG Münster,DVBl 1960, 603; OVG Lüneburg,DVBl 1959, 820 und 1962, 418; VGH Kassel, DVBl 1962, 724; weitere Nachweise bei Bender, NJW 1966, 1989; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 125 und Bernhardt, JZ 1963, 302 ff (304)

6) Vgl. auch Peters, DÖV 1965, 744 (745)

Ansicht vor allem auf Art. 19 IV GG, der im Hinblick auf die Gesamtkonzeption des Grundgesetzes, das im Bürger nicht nur ein Objekt staatlichen Handelns sieht, sondern ihn als einen selbständigen Träger von Rechten und Pflichten gegenüber dem Staat anerkennt, auch derartige, objektivrechtlich gewährte und gewollte Begünstigungen schützen will[1]. Es kommt deshalb zunächst auf den Schutzzweck der betreffenden gesetzlichen Vorschriften an. Allerdings ist das "Schutzgut" einer Norm für sich allein nicht ausreichend. Das zeigt ein Blick auf das Polizeirecht, denn dort ist "seit eh und je"[2] in den Polizeigesetzen neben dem Schutz der Allgemeinheit auch der des einzelnen als polizeiliche Aufgabe angeführt[3]. Hier zeigt sich besonders deutlich die Verknüpfung der Schutzinteressen des einzelnen und der Gemeinschaft. Es kommt deshalb entscheidend darauf an, ob der Gesetzgeber dem Individuum eine Rechts- oder Willensmacht einräumen wollte. Soweit sich ein derartiger gesetzgeberischer Wille nicht feststellen lässt - das ist im Einzelfall oft sehr schwierig, da die baurechtlichen Vorschriften in der Regel etwas derartiges nicht ausdrücklich vorsehen - kann eine Klagebefugnis Dritter nicht angenommen werden.

Diese Schwierigkeiten haben bis heute eine allgemeine rechtliche Unsicherheit über den Umfang der öffentlich-rechtlichen Nachbarklage zur Folge gehabt, sodass die einzelnen Auffassungen weit auseinandergehen[4]. Vereinzelt wird deshalb die öffentlich-rechtliche Nachbarklage zu Unrecht auch heute noch abgelehnt[5]. Da es letztlich nur auf den Willen des Gesetzgebers bzw. des Inhabers des autonomen Satzungsrechts ankommt, wie er den Schutzzweck einer Norm ausgestaltet, vor allem, ob

---

1) Bachof, Reflexwirkungen und subjektiv-öffentliche Rechte im öffentlichen Recht, Ged. Schrift für W. Jellinek, 1955, 287 ff; ders. DVBl 1961, 130; Sellmann, a.a.O. S. 276
2) Bachof, DVBl 1961, 130 f
3) Sellmann a.a.O. S. 278
4) Peters a.a.O.; Evers, JuS 1962 S. 89
5) Sellmann a.a.O. S. 273 ff, der von einem "Fremdkörper im verwaltungsgerichtlichen Verfahren", von einem "Irrweg" spricht. Aber weder die vielen Schwierigkeiten bei der praktischen Handhabung der Nachbarklage noch die in der Praxis seltenen Erfolge rechtfertigen die generelle Ablehnung. Denn massgebend sind auch hier die Grundsätze über die rechtlich geschützten Interessen Dritter im Hinblick auf Art. 19 IV GG und § 42 VwGO.

sie auch Dritte, die Nachbarn, schützen soll, sind bei ähnlichen Vorschriften durchaus regionale Unterschiede möglich[1]. Ein nachbarschützender Charakter wird vornehmlich in den Bestimmungen der Bauordnungen und Ortsbausatzungen über Mindestabstände zwischen den Gebäuden und Mindestgrenzabständen gesehen, über Freihaltung der Wohngebiete von störenden Betrieben, die nach dem Bebauungsplan für die betreffenden Baustaffeln nicht vorgesehen sind, während die Vorschriften zum Schutz vor Verunstaltung oder sonstiger Beeinträchtigung des Ortsbildes nur öffentliche Interessen schützen sollen[2].

VI) In ein ganz besonders schwieriges Rechtsgebiet führt die Frage, ob auch die Verletzung privater Rechte ein Anfechtungsrecht Dritter auslösen kann. Im Schrifttum wird das teilweise bejaht[3]. Aus der bis jetzt dürftigen Rechtsprechung zu dieser Frage lässt sich noch keine klare Konzeption erkennen. So gestattet das BVerwG[4] einerseits dem Verpächter und Eigentümer eines Grundstücks, die lediglich an den Pächter gerichtete Verfügung eines Wohnungsamts anzufechten. Andererseits lehnt es aber die Beeinträchtigung privatrechtlicher Positionen und damit die Klagebefugnis für die Geschwister und gesetzlichen Erben eines Verstorbenen ab, wenn durch nachträgliche Anerkennung der Landesjustizverwaltung einer ausserehelichen Verbindung des Verstorbenen die Rechtswirkungen einer gesetzlichen Ehe zuerkennt werden[5]. Ganz abgesehen davon, dass die letztgenannte Entscheidung wohl zu Recht viel Widerspruch erfahren hat[6], kann man aus dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung nicht viel mehr entnehmen, als dass es jeweils auf den Einzelfall ankommt, wann und inwieweit ein privates Recht als "rechtlich geschützt" anzusehen ist.

---

1) Bernhardt a.a.O. S. 304
2) Vgl. die Zusammenstellung der nachbarschützenden Vorschriften bei Obermayer, JuS 1963 S. 111 Anm. 6; Peters a.a.O. S. 748
3) Maunz-Dürig, Art. 19 IV RdNr. 34; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit S. 120 und Klinger § 42 C 4a meinen, das sei allgemein anerkannt
4) DVBl 1959, 396
5) BVerwGE 6, 167
6) Bernhardt a.a.O. S. 305; Bachof, JZ 1962, 605 und 702, weitere Nachweise bei Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit § 42 III 2

VII) Fasst man die wichtigsten Grundsätze der Rechtsprechung zur Rechtsbeeinträchtigung Dritter kurz zusammen, so ergibt sich folgendes:

1) Die Klagebefugnis kann sich aus einem speziellen, dem Grundgesetz nachgeordneten Gesetz ergeben, wenn dieses auch den Interessen des Dritten zu dienen bestimmt ist und der Verwaltungsakt auf diesem Gesetz beruht.

2) Es können im Einzelfall aber auch allgemeine, übergeordnete Vorschriften aus dem Grundgesetz, insbesondere die Grundrechte, die Klagebefugnis begründen, soweit diese Vorschriften die Rechtsstellung des Dritten schützen.

3) Die Vorschriften des Privatrechts können im Einzelfall einmal eine Anfechtungsmöglichkeit ergeben, wobei die näheren Einzelheiten zu dieser Frage in der Rechtsprechung noch nicht hinreichend geklärt sind.

4) Es kommt jeweils auf die Zweckbestimmung und den Inhalt einer Norm an, ob sie die Interessen Dritter schützen will. Zur Entscheidung dieser Frage sind die allgemeinen Grundsätze und Leitideen der Verfassung heranzuziehen.

5) Grundsätzlich setzt ein rechtlich geschütztes Interesse eine materielle Rechtsposition voraus. Ein Indiz dafür ist eine förmliche Beteiligung des Dritten am Verwaltungsverfahren. Stehen ihm auch Einwendungen, Widerspruch oder dergl. gegen die Entscheidung der Verwaltungsbehörde zu, so will das Gesetz in der Regel dem Dritten eine rechtlich geschützte Rechtsstellung einräumen, die auch die Klagebefugnis gewährt. Das gilt aber dann nicht, wenn die Beteiligung des Dritten ausschliesslich im öffentlichen Interesse erfolgt.

3. Teil: Die Meinungen in der Literatur zum Anfechtungsrecht Dritter

Auch im Schrifttum gibt es eine erhebliche Zahl verschiedener Auffassungen, die zu einem grossen Teil auf den Streitfragen hinsichtlich der Rechtsnatur des subjektiv öffentlichen Rechts beruhen. Es kann nicht Aufgabe dieser Untersuchung sein, hier sämtliche Meinungen aufzuzeigen und gegeneinander abzuwägen. Im folgenden sollen daher nur einige wichtige Punkte herausgegriffen und eine kurze Übersicht gegeben werden.

I) Bei Durchsicht der Rechtsprechung fällt auf, dass das Anfechtungsrecht Dritter (heute § 42 II VwGO) in der Regel, aber keineswegs immer mit "Klagebefugnis" bezeichnet wird[1]. Ein Blick in das Schrifttum zu § 42 II VwGO zeigt, dass hier eine verwirrende Anzahl von Begriffen verwendet wird[2], die zum Teil aus dem Zivilprozessrecht entlehnt sind und daher manchmal zu Missverständnissen Anlass geben. So spricht Köhler[3] von "Prozessführungsbefugnis", Schunck de Clerk[4] von "Klageberechtigung", die wohl überwiegende Meinung von "Klagebefugnis"[5], Lüke[6] von der "Anfechtungsbefugnis", Hoffmann[7] von der "Rechtsschutzbehauptung" und manchmal wird sogar von "Aktivlegitimation" gesprochen[8]. Da sich jedoch der Begriff "Klagebefugnis" weitgehend eingebürgert hat, soll er den folgenden Untersuchungen zugrundegelegt werden[9].

II) Ein anderer bis heute recht umstrittener Punkt ist die Frage, ob das Betroffensein des Klägers in seinen Rechten, insbesondere das "Zustehen" des Rechts, zur Zulässigkeit oder zur Begründetheit der Klage gehört. Das führt zu dem Problem, wo die Grenze zwischen Zulässigkeit und Begründetheit bei einer Anfechtungsklage zu ziehen ist. Diese Frage hat allerdings nur mittelbare Bedeutung für die Möglichkeiten Dritter,

---

1) Z.B. BVerwGE 10, 92
2) Vgl. auch die Zusammenstellung bei Redeker - v. Oertzen § 42 Anm. 13
3) VwGO, Anm. C III zu § 42
4) VwGO, 1961, S. 186
5) Z.B. Ule, Verwaltungsprozessrecht § 33; Maunz-Dürig,Art. 19 RdNr.38; Bettermann, Staatsbürger und Staatsgewalt,II S. 449 ff
6) AÖR,Bd. 84, 201
7) Die Rechtsschutzbehauptung im Verwaltungsprozess, VerwArch Bd. 53 (1962), 297 ff
8) Vgl. dazu Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit § 42 II 2
9) Kritisch zu diesem Begriff Hoffmann a.a.O. S. 311

einen Verwaltungsakt anzufechten, denn es wird einem Dritten vom Ergebnis her gesehen in der Regel gleichgültig sein, ob seine Klage an der Zulässigkeit oder an der Begründetheit scheitert. Andererseits wird diese Frage an sich nur bei Dritten problematisch, da der Adressat eines belastenden Verwaltungsakts die Anfechtungsmöglichkeit in der Regel schon dadurch besitzt, dass der Verwaltungsakt an ihn gerichtet ist; denn weil der Verwaltungsakt belastend ist, berührt er auch seine Rechtssphäre[1], während der Dritte erst ein "Betroffensein in seinen Rechten", d.h. dass seine Rechts- und rechtlich geschützte Interessensphäre irgendwie berührt ist, vorbringen muss.

1) Die Rechtsprechung des BVerwG ist uneinheitlich und unklar zu der Frage, wo hier die Grenze zwischen Zulässigkeit und Begründetheit zu ziehen ist. So hat das Gericht in vielen Entscheidungen die heikle Frage umgangen und nicht ausgeführt, ob die Klage als unzulässig oder unbegründet abgewiesen wird. Wenn das Bundesverwaltungsgericht die Frage überhaupt aufgreift, dann meistens unter dem mehrdeutigen Begriff der "Klagebefugnis".
Einerseits weist das BVerwG[2] die Klage "wegen des Mangels der Klagebefugnis ohne nähere Sachprüfung als unbegründet" ab, andererseits rechnet es die Klagebefugnis aber wiederum zur Zulässigkeit[3]. Wie verschwommen die Rechtsprechung ist, zeigen auch die von Hoffmann[4] zitierten Beispiele. Im Urteil vom 13.1.61[5] wird die Zulässigkeit der Klage eines Nachbarn gegen die Verlängerung der Sperrstunde zugunsten einer gegenüberliegenden Gaststätte bejaht, weil der Kläger in "schlüssiger" Weise behauptet habe, er werde in seiner Nachtruhe erheblich gestört. In Wirklichkeit wird aber erst bei der Prüfung der Begründetheit der Klage die Frage behandelt, ob bei dem Kläger überhaupt eine Rechtsverletzung in Frage kommt und in welchen Rechten der Kläger beeinträchtigt

---

1) Im Ergebnis gleichfalls Ule, Verwaltungsprozessrecht S. 135, Menger, VerwArch. Bd. 51 (1960) 265, insbesondere Anm. 11
2) BVerwGE 3, 237
3) VerwRspr. 6, 886
4) a.a.O. S. 299
5) BVerwGE 11, 331

sein kann. Im Gegensatz dazu stehen die Entscheidungen des BVerwG vom 18.12.1959[1] sowie vom 28.1.1960[2], wo diese Untersuchung im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung erfolgte. In einem Urteil vom 30.10.1963[3] hat sich nun das BVerwG zur Klagebefugnis nach § 42 II VwGO dahingehend festgelegt, dass eine Klage nur dann unzulässig sei, "wenn offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise die vom Kläger behaupteten Rechte bestehen oder ihm zustehen können"[4]. Für die Zulässigkeit werden also keine allzu strengen Anforderungen gestellt, insbesondere muss die Klage nicht "schlüssig" sein[5], sondern die Möglichkeit einer Rechtsverletzung aufgrund des Tatsachenvortrags des Klägers reicht aus.

2) Im Schrifttum spannt sich der Bogen der Meinungen von der blossen Rechtsbehauptung über substantiiertes Vorbringen bis zur Schlüssigkeit der Klage[6].
Die geringsten Anforderungen stellt die Auffassung, die die reine Rechtsbehauptung, der Kläger sei in seinen Rechten verletzt, genügen lässt[7]. Eine starke Gruppe in der Literatur lässt zwar die blosse Rechtsbehauptung des Klägers nicht genügen, gewährt aber die Klagebefugnis, wenn sich aus dem Klägervortrag die Möglichkeit einer Beeinträchtigung der Rechte des Klägers ergibt[8]. Die Voraussetzung der Möglichkeit einer Rechtsbeeinträchtigung ist allerdings recht vage

---

1) BVerwGE 10, 91
2) BVerwGE 10, 122
3) JZ 1964, 301
4) Ausdrücklich bestätigt im Urt. v. 20.3.1964, DVBl 1964, 669
5) Der Begriff wird manchmal falsch gebraucht, vgl. z.B. BVerwGE 11, 331
6) Vgl. die Zusammenstellung der Meinungen bei H. Engelhardt, JZ 1961, 588
7) Bettermann, Klagebefugnis und Aktivlegitimation im Anfechtungsprozess, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. II, Karlsruhe 1963, S. 449 ff (474), der die Klage aber nur zulassen will, wenn eine "Beschwer" vorliegt, die Zulässigkeitsvoraussetzung bei der Anfechtungsklage sei; Bachof, Verfassungsrecht, Ziffer 69; Engelhard für die Vornahmeklage, NJW 1956, 1378
8) Eyermann-Fröhler § 42 RdNr. 86; Naumann, DVBl 1952, 589; Czychowsky, Zum Aufbau der öffentlich-rechtlichen Klausur, JZ 1959, 350 ff (351); Engelhard, für die Anfechtungsklage NJW 1956, 1377; Schunck-de Clerk § 42 Anm. 2; Ule § 42 III 1

und bereitet Schwierigkeiten für die Abgrenzung zur reinen Rechtsbehauptung auf der einen und zum Erfordernis der Schlüssigkeit auf der anderen Seite. Am treffendsten für diese Auffassung dürfte wohl die Definition des BVerwG in dem oben zitierten Urteil vom 30.10.1963[1] sein.

Eine andere starke Gruppe rechnet ebenfalls die Rechtsbeeinträchtigung des Klägers sowohl zu den Klagevoraussetzungen als auch zum Klagegrund, indem sie die Behauptung der Rechtsverletzung gleichfalls nicht ausreichen lässt, aber sie geht über das Erfordernis der Möglichkeit der Rechtsbeeinträchtigung noch hinaus und verlangt vom Kläger, dass er die Beeinträchtigung seiner Rechte schlüssig behauptet[2]. Für diese Lehre hat vor allem Lüke[3] die dogmatischen Grundlagen geschaffen.

Er ist der Ansicht, dass die subjektive Rechtsverletzung des Klägers nicht nur den Aufhebungsanspruch auslöst, sondern darüberhinaus auch für den Ausschluss der Popularklage von Bedeutung ist. Lüke rechnet deshalb die Rechtsbeeinträchtigung sowohl zur Begründetheit der Klage als auch zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen. Die Schwierigkeiten, die damit die Doppelfunktion der Rechtsbeeinträchtigung aufwirft, löst Lüke, indem er sagt, dass immer dort, wo die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Parteihandlung mit deren sachlichen Elementen identisch sind, für die Zulässigkeit die schlüssige Behauptung des Vorliegens dieser Voraussetzungen genüge. Daher könne die blosse Behauptung der Rechtsbeeinträchtigung nicht ausreichen, während andererseits deren tatsächliches Vorliegen eine Frage der Begründetheit sei. Lüke verlangt deshalb eine "begrenzte Schlüssigkeitsprüfung", die sich darauf beschränkt, dass der Kläger durch den angefochtenen Verwaltungsakt in seinen Rechten berührt ist, die sich jedoch nicht auf die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts erstreckt.

---

1) JZ 1964, 301
2) Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit § 42 Anm. III 1; ders. JUS 1961, 196; Menger, VerwArch. 48 (1957), 352 ff; Lüke, AÖR 84, 185 ff (213); H. Engelhardt, JZ 1961, 588 ff; Hoffmann a.a.O. S. 322; Redeker - v. Oertzen § 42 Anm. 14
3) In AÖR 84, 185 ff

Zusammenfassend lässt sich deshalb heute feststellen, dass zwar insoweit eine herrschende Lehre besteht, als die Rechtsbeeinträchtigung sowohl zu den Klagevoraussetzungen als zum Klagegrund gerechnet wird, dass jedoch die Ansicht, die eine reine Rechtsbehauptung genügen lässt, nur eine Mindermeinung darstellt. Innerhalb dieser herrschenden Ansicht ist aber sehr streitig, ob eine mehr oder weniger starke Substantiierung genügt, oder ob eine Schlüssigkeit der Anfechtungsklage erforderlich ist.

III) Das Kernproblem der Klagebefugnis Dritter liegt jedoch nicht in der Zulässigkeitsfrage, ob der Dritte seine Rechtsbeeinträchtigung schlüssig oder substantiiert vortragen muss oder ob eine blosse Rechtsbehauptung genügt, sondern darin, unter welchen Voraussetzungen jemand in seinen Rechten beeinträchtigt und deshalb bei Rechtswidrigkeit des Aktes in seinen Rechten verletzt ist. Das ist die Grundlage für den Aufhebungsanspruch des Klägers.

1) Aufgrund der gesetzlichen Regelung in Art. 19 IV GG und § 42 II VwGO ist heute unbestritten, dass die Klagebefugnis nicht auf den Adressaten des Verwaltungsakts beschränkt ist[1]. Das ergibt sich aus der allgemeinen Fassung dieser Bestimmungen, die für eine solche Beschränkung keine Anhaltspunkte enthalten. Allgemein anerkannt ist auch der Ausschluss der Popularklage, der sich aus derFassung des § 42 II VwGO "in seinen Rechten" ergibt. Der gesamte übrige Bereich zwischen diesen beiden Grenzpositionen ist umstritten und schwer überschaubar.

2) Es bestehen heute Meinungsverschiedenheiten darüber, ob man bei § 42 II VwGO überhaupt auf den viel umstrittenen Begriff des subjektiv-öffentlichen Rechts zurückgreifen soll[2] oder ob man den herkömmlichen Begriff den neuen Gegebenheiten anpasst und auch auf den Bereich der rechtlich geschützten Interessen ausdehnt[3].

---

1) Bernhardt, JZ 1963, 302; Eyermann-Fröhler, RdNr. 96 ff zu § 42; Redeker- v.Oertzen, RdNr. 83 zu § 42; Bundessozialgericht, NJW 1961, 233o
2) Verneinend Bernhardt a.a.O.
3) Z.B. Bachof, Reflexwirkungen und subjektiv öffentliche Rechte im öffentlichen Recht, Ged. Schrift für W. Jellinek S. 287 ff, Maunz-Dürig, Anm. V 1 b zu Art. 19 IV

Die Rechtsfragen zum Begriff des subjektiv-öffentlichen Rechts sind in neuerer Zeit vor allem von Friesenhahn[1], Klein[2], Bachof[3], E.R. Huber[4], Menger[5], Bühler[6] und Forsthoff[7] aufgegriffen worden[8]. Bis heute haben diese mannigfachen Definitionsversuche allerdings noch zu keiner übereinstimmenden Begriffsbestimmung geführt, was die Schwierigkeiten bei Klärung dieser Fragen erkennen lässt. Auch über die rechtstheoretischen Grundlagen bestehen unterschiedliche Auffassungen. Nachdem heute aber die Rechtsprechung und das Schrifttum anerkennen, dass unter den Begriff "Rechte" im Sinn von § 42 II VwGO auch rechtlich geschützte Interessen fallen, ist die Frage, ob § 42 II VwGO subjektiv-öffentliche Rechte voraussetzt, mehr von rechtstheoretischer als von praktischer Bedeutung[9], denn in sachlicher Hinsicht bestehen insoweit - was die grundsätzliche Anerkennung der rechtlich geschützten Interessen betrifft - kaum Meinungsverschiedenheiten. Die herkömmliche Auffassung zum Begriff des subjektiv-öffentlichen Rechts hat grossenteils auf die Klagemöglichkeit als ein wichtiges Merkmal des subjektiv-öffentlichen Rechts verwiesen. Diese Meinung ist heute nicht mehr brauchbar, weil unter den Generalklauseln des Art. 19 IV GG und § 42 II VwGO die Klagemöglichkeit gerade von dem

---

1) DV 1949, 478 ff; ders.: Die rechtstaatlichen Grundlagen des Verwaltungsrechts, Recht, Staat, Wirtschaft, Bd. 2 (1950) 239 ff, 216 ff
2) VVDStRL Heft 8, 1950, 111 ff
3) Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, S. 62 ff; ders.: VVDStRL Heft 12, 1954 S. 72 ff; ders.: Reflexwirkungen und subjektiv-öffentliche Rechte im öffentlichen Recht a.a.O.; ders.: Verfassungsrecht, Ziffer 97; ders. in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. II 1963 S. 11
4) Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, 676 ff
5) System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, S. 117 ff
6) Ged.Schrift für W. Jellinek, S. 269 ff
7) Lehrbuch S. 178 ff, 183
8) Aus dem älteren Schrifttum vgl. G. Jellinek, System der subjektiv-öffentlichen Rechte, 1905; Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1, 5. Aufl. 1911 S. 331; Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914 S. 249 ff; Lutz Richter, Das subjektive öffentliche Recht, AÖR N.F. Bd. 8 S. 1 ff (41); W. Jellinek, VerwR, 3. Aufl. 1931 S. 206 ff; Thoma, HdbDStRL Bd. 2, 1932 S. 607 ff
9) Vgl. auch Bernhardt a.a.O. S. 303

Vorliegen eines Rechts abhängig gemacht wird, sodass diese Argumentation zu einem Zirkelschluss führen würde[1]. Früher, als für den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz noch das Enumerationsprinzip galt, war diese Auffassung vertretbar.

Ein subjektives Recht setzt nach allgemeiner Ansicht eine dem einzelnen durch die objektive Rechtsordnung verliehene Rechtsmacht oder Willensmacht voraus[2]. Inwieweit eine auf einer Vorschrift des objektiven Rechts beruhende Begünstigung eines Individuums nun eine Rechts- oder Willensmacht verleiht, ist die wesentliche Frage für die Anfechtungsmöglichkeit Dritter.

Es ist ohne weiteres einzusehen, dass nicht jede Begünstigung des objektiven Rechts für den Begünstigten die Möglichkeit einschliessen kann, bei Beeinträchtigung der günstigen Auswirkungen eine verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklage zu erheben, denn dann wäre keine fassbare Grenze für den Kreis der Anfechtungsberechtigten mehr vorhanden. Eine derartige Begünstigung kann entweder darauf beruhen, dass das Gesetz eine Berechtigung des Begünstigten ausdrüc klich vorschreibt, oder darauf, dass das Gesetz der Verwaltung eine Verpflichtung auferlegt. Da die Fälle, in denen eine Berechtigung ausdrücklich d..rch Gesetz vorgesehen ist, jedoch relativ selten sind und auch gar keine Schwierigkeiten bereiten, denn es handelt sich dann um subjektive Rechte, gibt es eine Vielzahl gesetzlicher Vorschriften des objektiven Rechts, die die Verwaltung lediglich zu einem bestimmten Verhalten verpflichten. Da die meisten Verpflichtungsnormen des objektiven Rechts keineswegs den Schutz von Individualinteressen bezwecken, drängt sich hier die wichtige Frage auf, welche dieser Verpflichtungsnormen Berechtigungen für Dritte enthalten und welche lediglich eine Person faktisch begünstigen, ohne ihren Bestand an Rechten oder Pflichten unmittelbar zu berühren. Diese reinen Rechtsreflexe sind deshalb gegen die aus objektiven Rechtsnormen entspringenden Berechtigungen einzelner abzugrenzen. Die von Bühler[3]

---

1) Bachof, Ged. Schrift für W. Jellinek, S. 300; E.R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht a.a.O.
2) Maunz-Dürig, Anm. V 1 c zu Art. 19 IV; Bachof, a.a.O. S. 294
3) Ged. Schrift für W. Jellinek S. 278 f

vorgenommene Unterscheidung in "Rechtsreflexe" und "Reflexrechte", je nachdem, ob von einer Rechtslage lediglich Wirkungen auf Dritte ausgehen ohne Klagemöglichkeit (Rechtsreflexe), oder ob die Rechtsprechung diese blossen Rechtsreflexe als Grundlage einer Verwaltungsklage gelten lässt (Reflexrechte), ist angesichts der Begriffsverwirrung auf diesem Gebiet kaum förderlich und daher abzulehnen. Die aus objektiven Rechtsnormen sich ergebenden Berechtigungen einzelner bezeichnet man in der Literatur und Rechtsprechung als "rechtlich geschützte Interessen" und stellt sie den Rechtsreflexen gegenüber.

3) Die Voraussetzungen eines rechtlich geschützten Interesses sind in der Literatur vor allem deshalb streitig, weil grossenteils auf den Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts zurückgegriffen wird. Überwiegend Übereinstimmung herrscht jedoch hinsichtlich der sachlichen Voraussetzung, dass der Rechtssatz dem Schutz und der Befriedigung der Individualinteressen dienen muss[1]. Man lässt dabei genügen, dass zumindest auch das Interesse des einzelnen geschützt werden soll, sodass kein ausschliesslicher Schutzzweck der Norm zugunsten des Dritten erforderlich ist. Wenn die Rechtsordnung die Befriedigung eines Interesses befiehlt, dann muss dieses Interesse ein "rechtlich geschütztes" sein[2]. Dagegen reicht die blosse Schutzwürdigkeit zur Annahme eines rechtlich geschützten Interesses für sich allein nicht aus, da es immer darauf ankommt, was die Norm schützen will, aber die Schutzwürdigkeit ist ein Indiz[3] dafür, dass das Gesetz die schutzwürdigen Interessen, die es begünstigt, auch schützen will. Es kommt deshalb immer darauf an, ob eine Begünstigung objektivrechtlich gewollt ist. Kann das dem Gesetz nicht entnommen werden, dann liegt lediglich ein Rechtsreflex vor, aber kein rechtlich geschütztes Interesse. Im Einzelfall kann die Auslegung des Schutzzwecks einer Norm sehr schwierig sein. Ergibt sich, dass das möglicherweise schutzwürdige Einzelinteresse dem öffentlichen Interesse, das die Norm primär schützen will, entgegensteht, wird man

---

1) Vgl. aber die Sondermeinung von Bernhardt, JZ 1963, 302 ff, 306 f
2) Bachof, a.a.O. S. 296
3) Bachof, JZ 1962, 701

kein rechtlich geschütztes Einzelinteresse annehmen können. Im übrigen kann aber sowohl das öffentliche Interesse wie das Einzelinteresse durch ein und dieselbe Norm nebeneinander geschützt sein und es genügt für die Klagebefugnis des Dritten, dass seine Interessen zumindest auch geschützt sind. Im Einzelfall ist der begünstigende Rechtssatz im Zusammenhang mit der gesamten Rechtsordnung auf die ihm zugrundeliegende Interessenwertung zu untersuchen[1]. Hierbei sind vor allem das gewandelte Menschenbild des Grundgesetzes und die Leitideen und Grundsätze der Verfassung zu berücksichtigen.

4) Gegenüber der Zeit, in der noch das Enumerationsprinzip galt, ist heute der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz aufgrund der Generalklausel des Art. 19 IV GG stark ausgeweitet worden. Das beruht vor allem auf der Sicht des Grundgesetzes von der Stellung des Individuums im Verhältnis zum Staat. Es ist nicht mehr ein konkretes, d.h. speziell festgelegtes Recht im engen Sinn des Wortes erforderlich, sondern es genügen auch gesetzlich geschützte Rechtspositionen. Es ist daher nicht verwunderlich, dass ein bedeutender Teil der Literatur auch in terminologischer Hinsicht das subjektiv-öffentliche Recht diesen sachlichen Entwicklungstendenzen der Rechtsordnung angepasst hat.
So vertritt Bachof[2] die Auffassung, dass unter der heutigen Verfassungsordnung des Grundgesetzes alle objektivrechtlich gewährten und gewollten Begünstigungen des öffentlichen Rechts zu subjektiven Rechten geworden seien. Eine ähnliche Ansicht vertritt Forsthoff[3], nach dem eine "geschützte Position ein solches Substrat sein könne, dem sich der Begriff des öffentlichen Rechts zu verbinden vermöge".
Die terminologischen Schwierigkeiten beruhen vielfach darauf, dass der Begriff des subjektiv-öffentlichen Rechts weithin historisch aufgefasst und verwendet wurde. Nachdem heute in sachlicher Hinsicht die rechtlich geschützten Interessen zur Klage berechtigen, dürfte der historische Begriff der subjektiv-öffentlichen Rechte auch in rechtstheoretischer Hinsicht

---

1) Bachof, Ged. Schrift S. 297
2) A.a.O. S. 287 ff
3) Lehrbuch S. 181

keine brauchbare Grundlage mehr abgeben. Man wird heute als wesentliches Element des subjektiven Rechts anzusehen haben,, dass ein Satz objektiven Rechts einem Rechtssubjekt eine Berechtigung gibt[1], mit der eine Willens- oder Rechtsmacht verbunden ist, sie auch gerichtlich durchzusetzen. So sehen auch andere im Zweifel in solchen Rechtspositionen ein subjektives Recht[2].

5) Im Gegensatz zu diesen Meinungen steht die interessante und aus einem anderen Blickwinkel vorgenommene Untersuchung von Bernhardt[3]. Er zeigt neue Gedanken auf, deren Ergebnis und praktische Auswirkungen aber nicht besser als die der herrschenden Ansicht sind. Bernhardt geht davon aus, dass ein an den Adressaten gerichteter, belastender Verwaltungsakt nach überwiegender Ansicht schon deshalb angefochten werden könne, weil er belastend ist und deshalb in die Rechtsstellung des Adressaten eingreift, sodass die Frage des subjektiv-öffentlichen Rechts hier gegenstandslos sei. Der einzelne habe ein subjektives Recht darauf, dass der Staat den individuellen Bereich nur in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht einschränkt. Die herrschende Auffassung lasse das zwar für den Adressaten gelten, nicht aber für einen Dritten, der nur bei Verletzung einer speziellen Schutznorm klagen könne. Heute habe sich aber zu Art. 2 I GG die Auffassung durchgesetzt, dass dieser die Handlungsfreiheit des einzelnen schützt und ihm ein subjektives Recht auf Freiheit von rechts- und gesetzwidrigen Belastungen gibt. Art. 2 I GG lasse sich nicht auf direkte Beeinträchtigungen der individuellen Bewegungsfreiheit beschränken. Es entspräche nur dem Rechtsschutzsystem des Grundgesetzes und der heute weitgehend akzeptierten Bedeutung des Art. 2 I GG, wenn auch Dritte geltend machen könnten, ihre Interessen seien unter Verletzung des geltenden Rechts beeinträchtigt worden. Bernhardt kommt zu dem Ergebnis, jeder Dritte habe deshalb ein auf Art. 2 I GG beruhendes subjektives Recht auf Freiheit von rechtswidrigen Beeinträchtigungen durch die öffentliche Gewalt[4],

---

1) Maunz-Dürig, Anm. V 1 b zu Art. 19 IV
2) E.R. Huber a.a.O. S. 684; Friesenhahn a.a.O. S. 263
3) JZ 1963, 302 ff
4) Gl. M. Maunz-Dürig, Anm. V 2 a,bb zu Art. 19 IV

Damit hat grundsätzlich jeder Dritte eine Klagebefugnis nach § 42 II VwGO.
Ist man bereit, ein solches allgemeines Recht des einzelnen nach Art. 2 I GG anzuerkennen,dann sind die von Bernhardt aufgezeigten Gedankengänge nur die konsequente Fortführung der von der Rechtsprechung eingeschlagenen Richtung. Die Rechtsprechung hat die Klagebefugnis auch dann gewährt, wenn die eingriffsermächtigende Norm lediglich öffentliche Interessen schützt, der Dritte aber in einem Grundrecht beeinträchtigt sein kann. So hat das BVerwG nicht nur die Berufung auf substantiierte Grundrechte zugelassen, wie z.B. Art. 4 II GG[1], sondern auch auf die allgemeine Bestimmung des Art. 2 I GG[2]. Anerkennt man also ein Recht auf Freiheit vor rechtswidrigen Beeinträchtigungen der Interessensphäre eines Dritten gemäss Art. 2 I GG, so kann grundsätzlich jeder Dritte, der geltend macht, in einer Begünstigung objektiven Rechts beeinträchtigt zu sein, eine Anfechtungsklage erheben. Damit kommt man zu einer weiten Erstreckung der Klagebefugnis Dritter, geradezu zu einer Umkehrung der jetzigen Situation, da es dann auf die Fragen des subjektiven Rechts oder des rechtlich geschützten Interesses nicht mehr ankommt.

Während nach der herrschenden Ansicht die Klagebefugnis Dritter immer davon abhängig ist, ob der Dritte ein rechtlich geschütztes Interesse geltend machen kann, das sich auch aus Normen des Grundrechtskatalogs ergeben kann, sind diese Untersuchungen überflüssig, wenn man generell aus Art. 2 I GG ein Recht auf Freiheit vor Beeinträchtigung der Interessensphäre herausliest und die mögliche Beeinträchtigung dieses Rechts als für die Klagebefugnis ausreichend ansieht. Alle diese Dritten könnten dann Verwaltungsakte, mit denen sie an sich gar nichts zu tun haben, anfechten und wenn die Verwaltungsakte rechtswidrig sind, die Aufhebung erreichen, nur weil ihr Interessenbereich dadurch beeinträchtigt ist. Das dürfte wohl etwas zu weit führen und entspricht weder dem Wortlaut des § 42 II VwGO noch dem Sinn dieser Bestimmung, denn sie spricht davon, man müsse geltend machen, "in seinen R e c h t e n " verletzt zu sein. Der Gesetzgeber hätte dann gleich sagen können,"jedermann" -

1) Vgl. die oben besprochene Entscheidung BVerwGE 10, 91
2) Hinsichtlich der Verletzung der Vertragsfreiheit vgl. BVerwGE 3, 237

ohne Rücksicht darauf, ob Adressat oder Dritter - "könne einen Verwaltungsakt anfechten, wenn er geltend mache, in seinem Recht auf Freiheit vor rechtswidriger Beeinträchtigung seiner Interessen verletzt zu sein". Die meisten der heutigen Schwierigkeiten um die Klagebefugnis Dritter hätte man sich damit erspart.

Die Meinung Bernhardts entspricht auch nicht dem Sinn des § 42 II VwGO, der nicht die Interessensphäre schützen will, sondern die Rechtssphäre des einzelnen. Zwar wird auch dann die Interessensphäre zur Rechtssphäre, wenn sie im Einzelfall durch ein Gewetz "rechtlich geschützt" ist, aber es geht nicht an, auf dem Umweg über die Schaffung eines generellen Rechts die gesamte Interessensphäre unter verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz zu stellen. Das kann weder dem Artikel 19 IV GG noch § 42 II VwGO entnommen werden, die beide die Rechtssphäre und nicht die gesamte Interessensphäre schützen. Die Rechtsprechung geht auch zu Recht davon aus, dass reine Interessen keine Klagebefugnis ergeben, soweit sie nicht durch ein Gesetz besonders geschützt sind, denn das würde zu einer Umkehrung der vom Gesetzgeber in Art. 19 IV GG und § 42 II VwGO geschaffenen Rechtslage führen und eine Erweiterung des Rechtsschutzes darstellen, für die keine gesetzliche Grundlage gegeben ist, und die im Ergebnis auch gar nicht notwendig ist.
Selbst wenn man ein Recht auf Freiheit vor rechtswidriger Beeinträchtigung der Interessensphäre des einzelnen gemäss Art. 2 I GG anerkennen will, kann dieses Recht nicht zur Klagebefugnis nach § 42 II VwGO führen, weil es sich hierbei nur um einen unzulässigen Kunstgriff handelt, um die Schutzrichtung des § 42 II VwGO und Art. 19 IV GG in das Gegenteil zu verkehren und einen Schutz der Bereiche zu erhalten, die das Gesetz offensichtlich nicht schützen will.
Daran wird auch dadurch nichts geändert, dass Bernhardt gewisse Einschränkungen und Begrenzungen des Anfechtungsrechts zugesteht. So ist der Ausschluss der Popularklage eine selbstverständliche Folge der Formulierung des § 42 II VwGO "in seinen Rechten" und kommt in der Praxis selten vor, da sich nicht oft jemand zum Anwalt der Allgemeinheit macht.

Die weitere Einschränkung, es müsse sich um "schutzwürdige Belange" eines Dritten handeln, ist höchst fragwürdig, denn welche Interessen sind schutzwürdig und welche nicht? Das kann je nach Ort, Zeit oder Umgebung und Einstellung des einzelnen vollkommen verschieden beurteilt werden. Der Ausdruck ist so unbestimmt, dass er für sich allein kein brauchbares Kriterium abgeben kann, vor allem würde das Abstellen auf eine Schutzwürdigkeit ohne nähere gesetzliche oder sonstige Anhaltspunkte zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit und zu einer Vielzahl widersprechender Urteile führen. Die Schwierigkeiten der h. Ansicht, ein rechtlich geschütztes Interesse nachzuweisen, werden durch die Konstruktion Bernhardts nicht umgangen, sondern bei ihm sind Schwierigkeiten in noch stärkerem Masse anzutreffen. Auch vom Ergebnis her ist nicht einzusehen, warum nahezu jedes Individualinteresse durch verwaltungsgerichtliche Klage geschützt sein soll. Selbst im Zivilrecht hat grundsätzlich ein nur mittelbar Geschädigter[1)] keinen Schadenersatzanspruch, warum sollte im öffentlichen Recht jemand, der nur mittelbar in seinen Interessen berührt ist, generell eine Klagebefugnis und einen Aufhebungsanspruch besitzen? Die Auffassung der herrschenden Meinung begrenzt dagegen die Klagebefugnis in vernünftiger Weise, da sie sowohl die Interessen der aktiven Verwaltung und der Verwaltungsgerichte einerseits wie diejenigen dritter Personen andererseits in einem sachgerechten Verhältnis gegeneinander ausgleicht. Der Meinung von Bernhardt kann deshalb nicht gefolgt werden.

---

1) Anders jedoch der sogenannte "mittelbare Schaden", der vom Schädiger ersetzt werden muss

3. A b s c h n i t t

Rechtsbeeinträchtigung Dritter durch Aufsichtakte der Kommunalaufsichtsbehörden

A) Die Klagebefugnis Dritter ist selbst bei den einfacheren Grundfällen, wie sie im letzten Abschnitt behandelt wurden, nicht immer leicht zu bestimmen. Es konnten dabei jedoch einige wesentliche Grundsätze herausgearbeitet werden, die das Anfechtungsrecht Dritter charakterisieren. Es bedarf deshalb jetzt der Prüfung, ob diese allgemeinen Grundsätze über die für die Klagebefugnis notwendige Rechtsbeeinträchtigung Dritter auch im Verhältnis der Aufsichtsbehörde zu Dritten Gültigkeit besitzen, wenn Dritte durch Aufsichtsverfügungen betroffen werden.

1) Im Gegensatz zu den seither besprochenen Beispielen einer Klagebefugnis Dritter taucht hier eine weitere, schwierige Besonderheit auf, die durch das Verhältnis des Staats zu den Gemeinden bestimmt wird. Während bei den üblichen Fällen, in denen dem Dritten eine Anfechtungsmöglichkeit zugestanden wird, Voraussetzung ist, dass eine Behörde einen Verwaltungsakt erlässt, der an einen anderen Bürger gerichtet ist und ihn begünstigt oder belastet, der aber darüberhinaus auch einen Dritten in seinen Rechten oder rechtlich geschützten Interessen beeinträchtigt, liegt bei den Aufsichtsakten eine zusätzliche Besonderheit vor. Sie sind zwar ebenfalls nicht an den betroffenen Dritten gerichtet, aber auch nicht an einen anderen Bürger, sondern an die Gemeinde. Sie sollen das ordnungsgemässe Funktionieren der kommunalen Selbstverwaltung und die Einhaltung der ihr gesetzten Grenzen sichern. Die Gemeinden werden deshalb in der Regel angewiesen, entsprechend dem Inhalt der Aufsichtsverfügung ihrerseits einen weiteren Akt zu erlassen, der den seither nur mittelbar betroffenen Dritten - er ist nicht Adressat des aufsichtsbehördlichen Aktes - jetzt mit unmittelbarer rechtlicher Aussenwirkung als Adressaten trifft. Soweit die Rechtsstellung Dritter überhaupt durch einen Aufsichtsakt berührt wird, bedarf dieser grossenteils - Haupt-

fälle: Beanstandung und Anordnung - noch der Umsetzung durch die Gemeinde gegenüber dem betroffenen Bürger in der Weise, dass die Gemeinde ihrerseits einen Verwaltungsakt entsprechend der aufsichtsbehördlichen Weisung erlassen muss.
Dieses Erfordernis der Umsetzung des aufsichtsbehördlichen Aktes durch die Gemeinde, also des Erlasses eines weiteren hoheitlichen Aktes, durch den der Bürger dann erst endgültig betroffen wird, lässt erhebliche Zweifel daran aufkommen, ob bei einer solchen Ausgestaltung des Verhältnisses des Staats zu den Gemeinden die seither besprochenen Grundsätze der Rechtsbeeinträchtigung Dritter und die darauf beruhende Klagebefugnis wirklich ohne weiteres Anwendung finden können und auch bei derartigen Aufsichtsakten eine Anfechtungsmöglichkeit gewähren.

2) Es ist davon auszugehen, dass der Betroffene im Hinblick auf den Aufsichtsakt als Dritter anzusehen ist. Das ergibt sich daraus, dass der aufsichtsbehördliche Akt ein Verwaltungsakt ist, der an die Gemeinde[1)] und nicht unmittelbar an den Bürger selbst gerichtet ist, durch den er aber in seiner Rechtsstellung oder seinem Interessenbereich berührt sein kann, ohne Adressat des Verwaltungsakts zu sein. Wie bereits erläutert, hat der Begriff des Dritten nichts mit der Frage zu tun, ob der Dritte eine Klagebefugnis gegen den ihn beeinträchtigenden Verwaltungsakt besitzt. Es kommt nur auf den förmlichen Akt der Adressierung, nicht auf materiellrechtliche Gesichtspunkte wie die Rechtsbeeinträchtigung an.
Ohne Bedeutung für die Begriffsbestimmung des Dritten ist ferner die Frage, ob im Verhältnis zum Dritten überhaupt ein Verwaltungsakt vorliegt oder nicht. Diese Fragestellung läuft letztlich darauf hinaus, ob jemand von einem bestimmten Verwaltungsakt rechtlich betroffen sein kann, ob von diesem Verwaltungsakt Rechtswirkungen auf die Rechtsstellung der betreffenden Person ausgehen. Es handelt sich auch hier um einen materiellrechtlichen Gesichtspunkt, der zwar für die Klagebefugnis von grosser Bedeutung, für die Begriffsbestimmung des Dritten jedoch nicht erheblich ist.

---

1) BVerwG, Urt. v. 30.8.1962, VerwRspr. 15. Bd. (1963) Nr. 153

Selbst wenn ein behördlicher Akt, etwa eine innerdienstliche Weisung einer vorgesetzten Behörde an eine nachgeordnete Behörde oder möglicherweise auch ein Aufsichtsakt der staatlichen Aufsichtsbehörde gegenüber der Gemeinde, im Verhältnis zum aussenstehenden Bürger kein Verwaltungsakt ist, muss der Bürger trotzdem als Dritter bezeichnet werden, wenn diese staatlichen Akte seinen Rechts- oder Interessenkreis irgendwie berühren. Über die Klagebefugnis ist damit aber nichts gesagt. Dritte sind alle Personen, an die ein bestimmter hoheitlicher Akt, durch den sie sich verletzt fühlen, nicht adressiert ist, wobei es nicht darauf ankommt, ob sie durch den Hoheitsakt tatsächlich beeinträchtigt oder gar verletzt sind.

3) Das Ergehen des Verwaltungsakts, gegen den der Dritte sich wenden will, im Verhältnis des Staats und der Gemeinde und nicht in einem Verhältnis des Staats zum Bürger, wie das normalerweise der Fall ist, wenn Dritte betroffen werden und das Anfechtungsrecht gewährt wird, ist ein wesentlicher Unterschied zu den bisher erörterten, allgemeinen Voraussetzungen der Drittanfechtung. Inwieweit dieses besondere Verhältnis Wirkungen entfaltet, die die Anfechtungsmöglichkeit Dritter betreffen, wird in den folgenden Untersuchungen zu zeigen sein.

Eine damit zusammenhängende, wichtige Besonderheit liegt vor allem bei Beanstandungs- und Anordnungsverfügungen der Aufsichtsbehörde darin, dass der Akt der Aufsichtsbehörde keinen endgültigen Rechtszustand gegenüber dem betroffenen Dritten schafft, dass vielmehr noch ein Akt der Gemeinde erforderlich ist, der die seither nur vorläufige und mittelbare Beeinträchtigung des Dritten zu einer endgültigen und unmittelbaren macht. Diese Besonderheit gegenüber den allgemeinen Voraussetzungen der Drittanfechtung schafft eine wesentlich kompliziertere Rechts- und Interessenlage. Sie ist von Bedeutung für die Frage der Rechtsbeeinträchtigung des Dritten und damit für die Grundfrage, ob ihm gegen Aufsichtsakte der Kommunalaufsichtsbehörden überhaupt eine Klagebefugnis zugebilligt werden kann.

4) Die verschiedenen Aufsichtsmittel der Kommunalaufsichtsbehörde sind nach Voraussetzungen und Wirkung keineswegs rechtlich gleich ausgestaltet, da sie jeweils verschiedenen Zwecken dienen, vom gemeinsamen Zweck der Kommunalaufsicht und der Aufsichtsmittel insgesamt einmal abgesehen. Zwar werden alle Aufsichtsmittel durch das besondere, staatlich-kommunale Verhältnis und den damit verbundenen Zweck geprägt, aber das schliesst nicht aus, dass sie sich gegenüber Dritten sehr unterschiedlich darstellen können. So sind Beanstandungs- und Anordnungsverfügungen nach Voraussetzungen und Wirkung ganz anders geschaffen als etwa die Genehmigungsvorbehalte, soweit diese Verträge der Gemeinde mit Dritten betreffen, oder wieder ganz anders die Ersatzvornahme, bei der die Kommunalaufsichtsbehörde nach erfolgloser Anordnung gegenüber der Gemeinde direkt gegenüber dem Dritten hoheitlich tätig werden kann, wenn sie einen von der Gemeinde nicht erlassenen Verwaltungsakt nun diesem gegenüber erlässt. Diese rechtlichen Unterschiede sind für die Möglichkeiten einer Rechtsbeeinträchtigung Dritter bei den einzelnen Aufsichtsakten und damit für die Klagebefugnis von entscheidender Bedeutung.

Von der Rechtsstellung Dritter aus betrachtet, lassen sich folgende Gruppen von Aufsichtsmitteln unterscheiden, die jeweils ähnlichen Regeln folgen:

1) Beanstandung und Anordnung
2) Ersatzvornahme
3) Bestellung eines Beauftragten, Auflösung der Gemeindevertretung und Abberufung des Bürgermeisters
4) Genehmigungsvorbehalte
5) Informationsbegehren und ähnliche Aufsichtsmassnahmen

Bei allen diesen Gruppen stellt sich die Rechtslage Dritter etwas anders dar. Sie sind deshalb getrennt daraufhin zu untersuchen, ob bei ihnen eine Rechtsbeeinträchtigung Dritter durch Akte der Kommunalaufsichtsbehörden möglich ist.

B) Beanstandung und Anordnung

I) Der kommunale Vollzugsakt

Beanstandungs- und Anordnungsverfügungen sind die gebräuchlichen und typischen Aufsichtsmassnahmen, die von der Aufsichtsbehörde ergriffen werden, wenn die Gemeinde auf unverbindlichere Hinweise nicht reagiert. Stärker in das kommunale Selbstverwaltungsrecht eingreifende Aufsichtsmittel werden weitaus seltener verwendet, da deren Voraussetzungen nur selten vorliegen und die Aufsichtsbehörde bei der Wahl der Aufsichtsmittel auch an den Grundsatz der Verhältnismässigkeit gebunden ist[1], der in allen Gemeindeordnungen zum Ausdruck kommt.
Beanstandungs- und Anordnungsverfügungen besitzen deshalb eine erhebliche Bedeutung in der Praxis der Aufsichtsbehörden. Der Frage nach der Klagebefugnis Dritter kommt daher hier eine gesteigerte Bedeutung zu.

In Voraussetzungen und Wirkung sind beide Aufsichtsmassnahmen einander ähnlich. Während die Beanstandung gegen ein gesetzwidriges, positives Tun der Gemeinde gerichtet ist, setzt das Anordnungsrecht ein Untätigbleiben der Gemeinde in den Fällen voraus, in denen sie kraft Gesetzes zum Handeln verpflichtet wäre. In beiden Fällen wird die Gemeinde zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet. Bei der Beanstandung hat sie die weitere Durchführung eines bereits begonnenen gesetzwidrigen Tuns zu unterlassen und die eingetretenen Folgen rückgängig zu machen, oder eine noch nicht begonnene, aber geplante Handlung ganz zu unterlassen, während mit einer Anordnung von der Gemeinde verlangt wird, dass sie eine Handlung vornimmt, zu der sie gesetzlich verpflichtet ist.

Handlungen, zu denen die Gemeinde aufgrund der Beanstandungs- oder Anordnungsverfügungen veranlasst wird, können belastende Verwaltungsakte gegenüber bestimmten Bürgern sein. Hinsichtlich der verwaltungsgerichtlichen Anfechtbarkeit dieser kommunalen Verwaltungsakte durch den betroffenen Bürger bestehen keine Besonderheiten. Es gelten die allgemeinen Regeln. Der

---

1) Vgl. Gönnenwein, Lehrbuch S. 190, 214

Bürger wird durch einen derartigen Verwaltungsakt der Gemeinde unmittelbar in seinen Rechten betroffen.

II) Die Verfügung der Aufsichtsbehörde

1) Weitaus schwieriger werden jedoch die Fragen zur Klagebefugnis, wenn der Bürger gegen die aufsichtsbehördliche Verfügung, die nicht an ihn adressiert ist, vorgehen will. Betrachtet man zunächst einmal den im ersten Abschnitt unter A II 4 a erwähnten Fall, dass eine Aufsichtsbehörde die Höhergruppierung des Beamten von A 10 in A 11 durch die Gemeinde für rechtswidrig hält, da sie gegen das Landesbesoldungsgesetz verstosse, und in der Beanstandungsverfügung die Rückgängigmachung der Höherstufung des Beamten verlangt.
Nimmt nan zunächst einmal an, dass ein ausführender Akt der Gemeinde auf die Aufsichtsverfügung hin noch nicht ergangen ist, so fragt es sich, ob der Beamte bereits gegen die Aufsichtsverfügung vorgehen kann, da die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist, der Aufsichtsverfügung zu entsprechen und der unmittelbar belastende, kommunale Akt deshalb folgen muss. Die Gemeinde kann in einem solchen Fall ähnlich einer angewiesenen unteren Behörde im staatlichen Instanzenzug grundsätzlich nichts anderes tun, als die staatliche Verfügung zu vollziehen, indem sie selbst den angewiesenen Verwaltungsakt erlässt.
Wesentliches Kriterium ist die Verpflichtung der Gemeinde, der aufsichtsbehördlichen Weisung nachzukommen. Im Gegensatz zur unteren Behörde im staatlichen Instanzenzug hat sie zwar auch die Möglichkeit, die aufsichtsverfügung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren anzufechten, wenn sie geltend macht, dass diese rechtswidrig in ihr Selbstverwaltungsrecht eingreift. Das ändert aber nichts an der grundsätzlichen Verpflichtung, der hoheitlichen Weisung der staatlichen Aufsichtsbehörde nachzukommen.
Da der Bürger nicht Adressat des aufsichtsbehördlichen Aktes ist, sein Rechts- bzw. Interessenkreis dadurch aber berührt wird, ist er Dritter. Es taucht hier die Frage auf, ob ein solches, zunächst noch nicht aktuelles Betroffensein des Bürgers zur Gewährung der Anfechtungsklage ausreichen kann.

2) Eine Klagebefugnis könnte einmal daran scheitern, dass eine Rechtsbeeinträchtigung deshalb nicht gegeben ist, weil es möglicherweise an der Unmittelbarkeit der Rechtsbeeinträchtigung fehlt. Zum andern könnte sie auch daran scheitern, dass der Akt der Aufsichtsbehörde gegenüber der Gemeinde im Verhältnis zum Dritten kein Verwaltungsakt ist, sondern nur ein Verwaltungsakt des Staats gegenüber der Gemeinde, der keine über das staatlich-kommunale Verhältnis hinausgehenden Aussenwirkungen gegenüber anderen Rechtsträgern zum Inhalt hat. Schliesslich wäre daran zu denken, dass infolge der Notwendigkeit der Umsetzung des aufsichtsbehördlichen Aktes durch die Gemeinde gegenüber dem Bürger noch gar keine endgültige Rechtsverletzung eingetreten sein kann, bevor der kommunale Akt ergangen ist. Der Bürger kann zunächst einmal abwarten, ob die Gemeinde nicht ihrerseits im Klagewege die Beseitigung der Aufsichtsverfügung zu erreichen versucht, sodass eine Anfechtungsklage auch an dem Erfordernis des Rechtsschutzbedürfnisses scheitern könnte.

3) Die Frage nach dem allgemeinen Rechtsschutzbedürfnis kann zurückgestellt werden, bis die Frage geklärt ist, ob bei Beanstandungs- und Anordnungsverfügungen eine unmittelbare Rechtsverletzung des Bürgers möglich und erforderlich ist; denn die besonderen Rechtsschutzvoraussetzungen der Klagebefugnis nach § 42 II VwGO müssen erst einmal geklärt sein, bevor die Frage nach dem allgemeinen Rechtsschutzinteresse bedeutsam werden kann.

Im übrigen berührt sich hier die Frage des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses mit der Voraussetzung der Unmittelbarkeit der Rechtsverletzung nach § 42 II VwGO, welcher der Gedanke zugrundeliegt, dass derjenige, welcher nicht oder noch nicht unmittelbar in seinen Rechten verletzt ist, auch nicht durch eine Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage schutzbedürftig ist. Fehlt es bei Beanstandungs- und Anordnungsverfügungen bereits an dem Merkmal der Rechtsbeeinträchtigung, dann ist die Klagebefugnis nicht gegeben und damit ist die Frage auch des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses überflüssig.

4) Ausserdem ist zunächst die Frage zurückzustellen, ob die Aufsichtsverfügung, die gegenüber der Gemeinde ein Verwaltungsakt ist, weil in deren Selbstverwaltungsrecht eingegriffen wird, überhaupt im Verhältnis zum Bürger, dessen Rechtsstellung mit dem kommunalen Selbstverwaltungsrecht nichts zu tun hat, ein Verwaltungsakt der Aufsichtsbehörde sein kann, oder ob im Verhältnis zu ihm ein zum Innenbereich der öffentlichen Verwaltung gehöriger Akt ohne darüberhinausgehende Aussenwirkung vorliegt. Denn soweit es bereits an einer Rechtsbeeinträchtigung des Dritten fehlt, ist eine Klagebefugnis des Dritten nicht gegeben, und es kann die schwierige Frage nach der Verwaltungsaktseigenschaft der Massnahme im Verhältnis zum Dritten dahingestellt bleiben.

III) Brauchbarkeit der bisher behandelten, allgemeinen Grundsätze zur Rechtsbeeinträchtigung

Zur Klärung der Frage der Rechtsbeeinträchtigung Dritter durch Beanstandungs- und Anordnungsverfügungen soll zunächst aufgezeigt werden, welche Folgen sich ergeben, wenn man die allgemeinen Grundsätze derRechtsbeeinträchtigung Dritter, die im 2. Abschnitt herausgearbeitet wurde, auf die aufsichtsbehördlichen Akte der Beanstandung und Anordnung anwendet.

1) Vorweg ist darauf hinzuweisen, dass auch hier eine reine Beeinträchtigung wirtschaftlicher Interessen die Klagebefugnis Dritter nicht begründen kann, soweit es sich nicht um rechtlich geschützte Interessen handelt.
So ist z.B. eine verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklage eines gemeindesteuerpflichtigen Bürgers auf Aufhebung des gegen seine Gemeinde erlassenen Kreisumlagebescheids mangels Klagebefugnis nicht zulässig, da die Auswirkungen des Kreisumlagebescheids nur seine wirtschaftlichen Interessen berühren, denn eine erhöhte Kreisumlage kann höhere Gemeindesteuern zur Folge haben.
Deshalb hat auch das BVerwG[1] im Ergebnis richtig eine solche Klage abgewiesen. In der Begründung gehen allerdings die an sich richtigen Gesichtspunkte der Rechtsbeeinträchtigung, der

1) Beschl. v. 4.4.1961, VerwRspr. Bd. 13 Nr. 271

Verwaltungsaktseigenschaft der Massnahme gegenüber dem Bürger und der Beschwer etwas durcheinander. Eine klare Trennung der verschiedenen Gesichtspunkte ist aber nötig, um die rechtlichen Grundlagen erkennen zu können, die zur Ablehnung der Klagebefugnis führen.

Das Gericht hätte zunächst prüfen sollen, ob überhaupt eine Rechtsbeeinträchtigung des Bürgers durch den Kreisumlagebeschluss denkbar ist, denn das Fehlen der Verwaltungsaktseigenschaft gegenüber dem Dritten ist höchst selten, wenn die Verwaltungsaktseigenschaft der angegriffenen Massnahme im Verhältnis zum Adressaten gegeben ist. Da hier nur wirtschaftliche Interessen des Bürgers beeinträchtigt sein können, die durch keine gesetzlichen Vorschriften geschützt werden, ist damit bereits mangels Rechtsbeeinträchtigung des Dritten die Klagebefugnis abzulehnen.

Ausserdem fehlt es auch an der Unmittelbarkeit der Beeinträchtigung der Rechts- bzw. rechtlich geschützten Interessensphäre des Klägers, da mit dem Kreisumlagebescheid die Gemeindesteuern im Aussenverhältnis gegenüber dem Bürger noch nicht festgesetzt sind und verlangt werden.

Wenn das Gericht von mangelnder Beschwer spricht, so handelt es sich hier in Wirklichkeit um eine Frage der Unmittelbarkeit der Rechtsbeeinträchtigung. Die mangelnde Beschwer liegt in dem Fehlen einer unmittelbaren Rechtsbeeinträchtigung. Auf eine Beschwer braucht man deshalb hier nicht besonders einzugehen, da es sich in Wirklichkeit um eine Voraussetzung der Klagebefugnis nach § 42 II VwGO handelt[1]. Nur in diesem Zusammenhang ist es sinnvoll, auszuführen, der Kläger sei nur "mittelbar und tatsächlich, nicht rechtlich berührt"[2].

---

1) A.A. Bettermann, Klagebefugnis und Aktivlegitimation im Anfechtungsprozess, der entgegen der h.A. für die Klagebefugnis die blosse Behauptung genügen lässt, dass der Kläger durch den angefochtenen Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt sei, die Klage aber als unzulässig scheitern lässt, wenn der Kläger nicht "beschwert" sei. Er kommt damit nur mit anderen Worten zum selben Ergebnis wie die h.A., die zurecht wenigstens eine gewisse Schlüssigkeitsprüfung bei § 42 II VwGO verlangt und damit auf den Begriff der "Beschwer" insoweit verzichten kann.

2) BVerwG in der letztgenannten Entscheidung

2) Im 2. Abschnitt wurde festgestellt, dass ein Dritter dann einen an einen andern gerichteten Verwaltungsakt anfechten kann, wenn er geltend macht, durch den Verwaltungsakt in einem Recht, insbesondere einem Grundrecht oder einem rechtlich geschützten Interesse, verletzt zu sein. Ein rechtlich geschütztes Interesse wird angenommen, wenn das eingriffsermächtigende Gesetz,auf dem der Verwaltungsakt beruht, zumindest auch die Interessensphäre des Dritten schützt.
Überträgt man diese Grundsätze auf die Rechtsstellung eines Dritten, der durch eine Beanstandungs- oder Anordnungsverfügung der staatlichen Aufsichtsbehörde an die Gemeinde in seiner Rechts- oder Interessensphäre berührt wird, so ergibt sich folgendes:

a) Die Verletzung eines Grundrechts durch eine Beanstandungs- oder Anordnungsverfügung ist denkbar. Allerdings wenden sich diese Verfügungen nur an die Gemeinde, nicht an Dritte. Kraft der Rechtsnatur dieser Aufsichtsverfügungen bedarf es deshalb immer eines Vollzugsaktes der Gemeinde gegenüber dem Bürger, sodass eine unmittelbare Grundrechtsverletzung immer erst bei Erlass des kommunalen Vollzugsaktes vorliegen kann.
Anders ist das nur bei den später zu behandelnden Genehmigungsvorbehalten, wo die Verweigerung der aufsichtsbehördlichen Genehmigung unmittelbar privatrechtsgestaltend wirkt, indem sie den seither schwebend unwirksamen[1] Vertrag nichtig[2] macht, sodass in das Recht des Vertragspartners der Gemeinde auf Vertragsfreiheit gemäss Art. 2 I GG[3] durch den Aufsichtsakt unmittelbar eingegriffen wird.
Selbst wenn der Akt, zu dessen Vornahme die Gemeinde in der Beanstandungsverfügung angewiesen wird, ein privatrechtlicher Akt ist, wie etwa der Rücktritt von einem privatrechtlichen Vertrage, soweit dieser nach bürgerlichem Recht möglich ist, ist doch immer ein Vollzugsakt der Gemeinde erforderlich, der dann den Dritten erst unmittelbar belastet. Entscheidend ist

---

1) RGZ 103, 104 (106)
2) RGZ 168, 346 (351); Bullinger,DÖV 1957, 761 ff; Gönnenwein, Lehrbuch S. 199; Surén,Bd. II,Gemeindewirtschaftsrecht S. 47 ff
3) Maunz-Dürig,RdNr. 53 zu Art. 2 I GG

deshalb für die Frage der Klagebefugnis, ob infolge dieser Vollzugsbedürftigkeit der Aufsichtsverfügungen bereits eine ausreichende Rechtsbeeinträchtigung vorliegt.

b) Die gleiche Problematik ergibt sich bei Beeinträchtigung sonstiger Rechtspositionen.
Bei rechtlich geschützten Interessen kommt noch eine weitere Schwierigkeit hinzu, die die Fragestellung zusätzlich kompliziert. Von einem rechtlich geschützten Interesse spricht man dann, wenn die eingriffsermächtigende Norm zumindest auch das Interesse des Dritten schützt, sodass die Verwaltungsbehörde bei ihrer Entscheidung auch die Rechtsstellung und die Interessen des Dritten zu berücksichtigen hat. Eingriffsermächtigende Normen bei Akten der Staatsaufsicht sind die Vorschriften der Gemeindeordnungen, die unter bestimmten Voraussetzungen der Aufsichtsbehörde das Recht gewähren, Beanstandungs- und Anordnungsverfügungen zu erlassen. Die Vorschriften über die Kommunalaufsicht und ihre Mittel sind jedoch - insgesamt betrachtet - lediglich im öffentlichen Interesse erlassen, denn sie regeln die Eingliederung der Gemeinden in den Staatsverband, die Einhaltung der gesetzlichen Schranken des kommunalen Selbstverwaltungsrechts. Sie sollen im Interesse der höheren Gemeinschaft eine ordnungsgemässe Verwaltung im kommunalen Bereich sichern. Auch die Einzelvorschriften der Gemeindeordnungen, die der Aufsichtsbehörde das Recht einräumen, bei bestimmten Voraussetzungen Beanstandungs- und Anordnungsverfügungen zu erlassen, dienen lediglich diesem Zweck. Diese Normen schützen aber nicht irgendwelche Individualinteressen von Bürgern, die ausserhalb der öffentlichen Verwaltung stehen, sondern die Bestimmungen über die Ausgestaltung der Kommunalaufsicht haben nur das besondere Verhältnis des Staats zu den Gemeinden zum Gegenstand. Zieht man nur die Vorschriften über die Kommunalaufsicht als eingriffsermächtigende Normen heran, so kann hieraus kein rechtlich geschütztes Interesse Dritter, also eines ausserhalb der öffentlichen Verwaltung Stehenden, begründet werden.

Nun liegt bei diesem komplizierten Verhältnis zwischen Staat, Gemeinde und Bürgern im Bereich der Kommunalaufsicht auch nicht der Normalfall eines rechtlich geschützten Interesses

vor, wie das bei den in Abschnitt 2 dargelegten Grundfällen die Regel ist. Die Behörde erlässt hier nicht an einen Bürger einen begünstigenden oder belastenden Verwaltungsakt, der zugleich die Rechtssphäre eines Dritten verletzt, wobei das Gesetz, aufgrund dessen der Verwaltungsakt erlassen wird, auch die Interessen des Dritten schützt, sondern ganz anders gelagerte Verwaltungsakte.

Wie verschieden die Rech slage ist, soll folgendes Beispiel zeigen:
Aufgrund einer kommunalen Satzung auf dem Gebiet des Abgabenrechts erlässt eine Gemeinde einem Bürger bestimmte Abgaben. Die Aufsichtsbehörde stellt bei einer Überprüfung fest, dass die zugrundegelegte Norm der Satzung zugunsten des Bürgers unrichtig ausgelegt worden sei, sodass die Gemeinde in diesem Fall die Abgaben nicht hätte erlassen dürfen. Sie beanstandet den Beschluss der Gemeinde, indem dem Bürger die Abgabenschuld erlassen wurde und verlangt die Rückgängigmachung des kommunalen, begünstigenden Verwaltungsaktes, weil dieser rechtswidrig sei und den Bürger im Vergleich zu anderen Gemeindebürgern ungerechtfertigterweise begünstige.
Das Beispiel soll lediglich folgendes zeigen:

Für die Aufsichtsverfügung in Form der Beanstandung ist eingriffsermächtigende Norm die Vorschrift der Gemeindeordnung des betreffenden Landes, die unter bestimmten Voraussetzungen das Beanstandungsrecht gewährt. Der begünstigende Verwaltungsakt der Gemeinde, der an den Bürger gerichtet war, beruhte jedoch auf einer ganz anderen Norm, nämlich der nach Ansicht der Aufsichtsbehörde falsch ausgelegten Bestimmung der kommunalen Abgabensatzung.
Man sieht daraus, dass die Norm, die dem Bürger den begünstigenden Verwaltungsakt eingebracht hat, bei Aufsichtsverfügungen, die dem Bürger nachteilig sind, niemals mit den eingriffsermächtigenden Normen, die für die Aufsichtsverfügungen gelten, übereinstimmt. Das Ergebnis ist, dass der Bürger solche nachteiligen Aufsichtsverfügungen dann niemals anfechten kann, wenn es um die Frage seiner rechtlich geschützten Interessen geht, obwohl auch eine Norm vorhanden ist, die seine Interessen schützt. Dies ist die Vorschrift der Kommunalabgabensatzung, die den Erlass der Abgaben in bestimmten Fällen zulässt.

Sie bildet jedoch nicht die Grundlage für die Beanstandungsverfügung, sondern ihre nach Ansicht der Aufsichtsbehörde falsche Auslegung ist nur deren Anlass. Bei rechtlich geschützten Interessen kann sich der Bürger also nicht gegen die Aufsichtsverfügung wenden, weil die für diese Verfügungen geltenden Normen nur das Allgemeininteresse schützen.

Man könnte zwar erwägen, ob nicht die spezielle Norm, auf der der begünstigende Verwaltungsakt der Gemeinde beruht, nur zusammen mit der allgemeinen Vorschrift, die der Aufsichtsbehörde das Beanstandungsrecht einräumt, als "eingriffsermächtigende Norm" angesehen werden soll, denn letztlich beruht die Beanstandung darauf, dass die Gemeinde das den Bürger begünstigende, spezielle Gesetz nach Ansicht der Aufsichtsbehörde falsch angewendet hat.
Dem Tätigwerden der Aufsichtsbehörde liegt immer eine Rechtsverletzung der Gemeinde zugrunde. Wenn das Gesetz, das dem Dritten die Vergünstigung einräumt, d.h. seine Interessen schützt, nach Ansicht der Aufsichtsbehörde zu Unrecht angewendet oder zugunsten des Dritten falsch ausgelegt wurde, oder wenn ein anderes einschränkendes Gesetz dem angewandten Gesetz vorgeht, ist es naheliegend zu fragen, ob der Dritte sich auch der Aufsichtsbehörde gegenüber zur Begründung seiner Klagebefugnis auf das ihn begünstigende Gesetz berufen kann, das die Gemeinde zu seinen Gunsten angenommen hat. Entscheidend ist, ob sich daraus ein rechtlich geschütztes Interesse auch gegenüber der Aufsichtsverfügung ergibt.

Die Frage muss verneint werden. Das ergibt sich einmal aus der gesetzlichen Regelung der Kommunalaufsicht, die auf die Rechtsbeziehungen zwischen dem Staat und den Gemeinden beschränkt ist, ohne die Rechtsstellung anderer Rechtsträger zu betreffen, und zum anderen aus den Gedanken, die der Klagebefugnis Dritter nach der Regelung des § 42 II VwGO zugrundeliegen.
Der Normalfall eines rechtlich geschützten Interesses entspricht derRechtslage bei Aufsichtsverfügungen nicht; denn dem Dritten, an den der Verwaltungsakt nicht gerichtet ist, ist eine Klagebefugnis eingeräumt, weil das eingriffsermächtigende

Gesetz auch seine Interessen schützen will und die Behörde deshalb genötigt ist, bei Erlass des Verwaltungsakts auch die Interessen des Dritten zu berücksichtigen. Bei der Aufsichtsverfügung ist die Lage anders. Hier wird ein begünstigender Verwaltungsakt durch die Gemeinde aufgrund irgendeines Gesetzes erlassen. Der Verwaltungsakt der Gemeinde ergeht direkt an den Bürger, der dann erst durch den Erlass derAufsichtsverfügung im Hinblick auf diese gleichzeitig auch Dritter wird. Dem anfechtungsberechtigten Dritten wird von § 42 II VwGO eine Klagebefugnis eingeräumt, weil dieser sonst die durch den Erlass des Verwaltungsakts an den anderen ihm gegenüber eintretenden Nachteile endgültig tragen müsste. Das ist bei einem durch eine Beanstandungs- oder Anordnungsverfügung beeinträchtigten Dritten aber nicht der Fall. Eine endgültige Belastung tritt bei ihm erst ein, wenn die Gemeinde aufgrund der Aufsichtsverfügung den ihn begünstigenden Verwaltungsakt zurücknimmt.

Hiergegen kann er dann als unmittelbar Betroffener immer noch verwaltungsgerichtlich vorgehen, denn er ist jetzt Adressat eines ihn belastenden Verwaltungsakts.
In diesem Verfahren wird auch die Rechtmässigkeit der Aufsichtsverfügung nachgeprüft, ohne dass dazu ein besonderes Verfahren notwendig wäre; das Verwaltungsgericht unterliegt nicht wie die Gemeinde der Bindungswirkung der Aufsichtsverfügung[1].
Da der Dritte hier zwangsläufig durch entsprechenden Verwaltungsakt der Gemeinde zum unmittelbar Betroffenen werden muss, besteht eine grundsätzlich andere Interessenlage als bei dem Normalfall eines beeinträchtigten Dritten. Es besteht keine Notwendigkeit, von den allgemeinen Voraussetzungen abzuweichen und als eingriffsermächtigende Normen nicht nur die Vorschriften über die Staatsaufsicht, sondern sie zusammen mit dem den Bürger begünstigenden Gesetz zu sehen. Aus Gründen des Rechtsschutzes ist es nicht erforderlich, sodass die Grundkonzeption der rechtlich geschützten Interessen insoweit keiner Erweiterung bedarf.

---

1) Vgl. Menger, VerwArch. Bd. 55 (1964) S. 178; BVerwG v. 28.5.1963, MDR 1963, 953, wo dieser Gedanke bei Zustimmungsakten anderer Behörden herangezogen wurde; Eyermann-Fröhler § 42 RdNr. 56 a

Diese Auffassung wird gestützt durch die Ausgestaltung des staatlich-kommunalen Verhältnisses im Bereich der Kommunalaufsicht. Diese dient lediglich der Überwachung der selbstverantwortlichen Tätigkeit der Gemeinden und ist grundsätzlich nicht nach aussen, d.h. über den staatlich-kommunalen Bereich hinaus orientiert.

Eingriffsermächtigende Normen sind deshalb nur die Vorschriften der Gemeindeordnungen, die das Beanstandungs- und Anordnungsrecht gewähren. Daher sind rechtlich geschützte Interessen Dritter bei Heranziehung dieser Vorschriften nicht denkbar. Es entfällt insoweit jegliche Möglichkeit einer Klagebefugnis, da eine Rechtsbeeinträchtigung Dritter durch diese Aufsichtsmassnahmen nicht herbeigeführt werden kann.

Damit ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass sonstige Rechtsstellungen Dritter, wie etwa ein Grundrecht, durch eine Aufsichtsverfügung verletzt sein können. Bei Verletzung solcher subjektiver Rechte ist die Rechtsbeeinträchtigung des Dritten auch dann gegeben, wenn die eingriffsermächtigende Norm das Interesse des Dritten nicht schützt, dem Dritten aber andere gesetzliche Vorschriften, wie etwa die Grundrechte, eine schutzwürdige Rechtsposition einräumen[1].
Bei Beanstandungs- und Anordnungsverfügungen, die immer der Umsetzung durch die Gemeinde bedürfen, um gegenüber dem Bürger endgültig Rechtswirkungen zu entfalten, können diese Voraussetzungen nur dann erfüllt sein, wenn die besondere Rechtsnatur derartiger Aufsichtsverfügungen eine Rechtsbeeinträchtigung überhaupt möglich erscheinen lässt. Es geht hier zunächst nur darum, ob die Beeinträchtigung, die der Bürger durch die Aufsichtsverfügung erleidet, wirklich eine ausreichende Beeinträchtigung seiner Rechtsstellung darstellt und deshalb bei Rechtswidrigkeit der Massnahme eine Rechtsverletzung ist. Der Klärung dieser Frage könnte der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Rechtsbeeinträchtigung dienen.

---

1) BVerwG v. 18.12.1959, DÖV 1960, 716 = NJW 1960, 1361; BVerwG v. 12.4.1956, E 3, 237

IV) Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Rechtsbeeinträchtigung

1) Dieser Grundsatz, der eine Auslegungsregel für den Begriff der Rechtsbeeinträchtigung in § 42 II VwGO darstellt, bedeutet ganz allgemein eine Begrenzung des rechtlichen Bereichs eines Betroffenen im Hinblick auf die Klagebefugnis. Ein ganz entferntes Betroffensein der Rechtssphäre, das erst eine Gefährdung der Rechtsstellung des Betroffenen darstellt, aber noch keinen wirklichen Eingriff, weil der Massnahme eine direkte und endgültige Auswirkung gegenüber dem Betroffenen fehlt, da erst bei Hinzutreten weiterer Umstände diese Voraussetzung erfüllt ist, soll keine im Sinn des Rechtsschutzes beachtliche Rechtsbeeinträchtigung sein.

Entsprechende Gedankengänge liegen dem Grundsatz der Unmittelbarkeitswirkung des Verwaltungsakts zugrunde, auf den später noch im einzelnen einzugehen ist. Der Grundsatz bedeutet, dass die rechtliche Wirkung einer Massnahme unmittelbar gegen eine Person gerichtet sein muss, damit dieser gegenüber überhaupt ein Verwaltungsakt vorliegt[1].

2) Die Unmittelbarkeitswirkung des Verwaltungsakts und die Unmittelbarkeit der Rechtsbeeinträchtigung decken sich in den weitaus meisten Fällen. Deshalb wird in der Regel hier auch nicht unterschieden, sondern ganz allgemein von einer unmittelbaren Verletzung oder Beeinträchtigung der Rechte des Bürgers gesprochen. Der Gedanke der Unmittelbarkeit beruht auf Gesichtspunkten des Rechtsschutzes, die für beide Kriterien des § 42 II VwGO gleichermassen Bedeutung besitzen, sodass eine doppelte Prüfung der Unmittelbarkeit grundsätzlich nicht erforderlich ist.
Nun gibt es jedoch Fälle, bei denen das nicht zutrifft. Steht man auf dem Standpunkt, dass eine staatliche Massnahme nur einheitlich gegenüber sämtlichen Betroffenen als Verwaltungsakt bezeichnet werden kann, dass sie gegenüber allen Betroffenen ein Verwaltungsakt ist, wenn sie gegenüber einem von ihnen, etwa dem Adressaten, ein Verwaltungsakt ist, dann kann es durchaus sein, dass dem Adressaten gegenüber die Unmittelbarkeitswirkung des Verwaltungsakts gegeben ist, das ist z.B.

---

1) Obermayer, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt S. 72; Forsthoff, Lehrbuch S. 191; Heinze, DÖV 1962, 836

bei einer Beanstandungsverfügung gegenüber der Gemeinde der Fall, während gegenüber anderen durch die Massnahme Betroffenen, etwa den Bürgern, um deren Rechtsstellung es in der Aufsichtsverfügung geht, keine unmittelbare Rechtswirkung vorhanden ist. Die Massnahme bedarf noch der Umsetzung durch die Gemeinde, um ihnen gegenüber unmittelbar wirksam zu sein. Bei einheitlicher Betrachtungsweise gegenüber allen Betroffenen liegt jedoch allen gegenüber ein Verwaltungsakt vor, wenn mindestens einem Betroffenen gegenüber, wie hier der Gemeinde, ein Verwaltungsakt gegeben ist.

An dem Mangel eines Verwaltungsakts kann die Klagebefugnis Dritter hier nicht scheitern. Bei einer derartigen Grundauffassung vom Verwaltungsaktsbegriff[1] - der Verwaltungsakt ist jedoch zumindest prozessual gesehen eine Zweckschöpfung, sodass eine solche einheitliche Betrachtungsweise gegenüber mehreren Betroffenen nicht gerechtfertigt ist - kommt die Voraussetzung der Unmittelbarkeitswirkung des Verwaltungsakts, die die Klagemöglichkeit in sinnvollen Grenzen halten soll, bei Dritten nicht zur Wirkung, sodass es dann entscheidend darauf ankommt, ob die Unmittelbarkeit der Rechtsverletzung gegeben ist.

Diese Konsequenz der dargelegten Auffassung zeigt andererseits aber auch, dass eine solche Grundauffassung vom Wesen des Verwaltungsakts nicht zutreffend sein kann, da ein mit unmittelbarer Rechtswirkung ausgestatteter Verwaltungsakt auch eine unmittelbare Rechtsbeeinträchtigung zurFolge haben muss. Denn andernfalls wird die Verwaltungsaktseigenschaft sämtlichen Betroffenen gegenüber und damit dessen Unmittelbarkeitswirkung bejaht, obwohl die Unmittelbarkeit der Rechtsbeeinträchtigung gegenüber einzelnen Betroffenen fehlt, eine unhaltbare Konsequenz. Bei Aufsichtsverfügungen fehlt die unmittelbare Rechtsbeeinträchtigung regelmässig Dritten gegenüber. Es ist deshalb der Auffassung, die im Hinblick auf verschiedene Betroffene eine unterschiedliche rechtliche Bewertung einer einheitlichen hoheitlichen Massnahme zulässt, sodass einem gegenüber

---

1) Badura, DÖV 1963, 561 ff (569 insb. Anm. 79); a.M. Obermayer a.a.O. S. 131, 135; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Anm. IV 1 k zu § 42 VwGO

ein Verwaltungsakt vorliegen kann, während das deswegen aber einem anderen Betroffenen gegenüber noch nicht der Fall zu sein braucht, der Vorzug zu geben[1].

3) Es ist zunächst einmal der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Rechtsbeeinträchtigung bei Beanstandungs- und Anordnungsverfügungen näher zu untersuchen, da möglicherweise hieran bereits die Klagebefugnis Dritter scheitern könnte, sodass es auf die weiteren Voraussetzungen des § 42 II VwGO nicht mehr ankäme. Nach der vorzuziehenden Ansicht vom Verwaltungsaktsbegriff könnte dann ein Verwaltungsakt mit unmittelbarer, rechtlicher Aussenwirkung gegenüber dem Dritten nicht vorliegen, wenn dieser dadurch nicht unmittelbar in seiner Rechtssphäre betroffen ist.

a) In Literatur und Rechtsprechung gehen die Meinungen über die Voraussetzungen des Verwaltungsaktsbegriffs und diejenigen der Rechtsverletzung im Bezug auf das Merkmal der Unmittelbarkeit allerdings stark auseinander[2]. Es wird aber weitgehend zu Recht im Hinblick auf den Verwaltungsakt von der unmittelbaren rechtlichen Aussenwirkung[3], im Hinblick auf die Rechtsverletzung von unmittelbarem Eingriff in die Rechtsstellung des Betroffenen[4] gesprochen. Allerdings werden beide

---

1) Hans-J. Wolff, VerwR I § 46 V C 4; Kunze-Schmid S. 821; BVerwG,Urt. v. 30.8.1962 a.a.O.

2) Vom Ergebnis her gesehen ist das in der Regel unschädlich, wenn nur der Begriff der Unmittelbarkeit richtig gewertet wird.

3) Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit S. 144; Menger,System S. 111; Bachof, Laforet Festschrift S. 285 ff (308 ff); Heinze, VerwArch Bd. 52, 275 ff (278) mit zahlreichen weiteren Nachweisen, der im Gegensatz zu allen zuvor Genannten einen sehr engen Begriff der Unmittelbarkeitswirkung vertritt; ders. DÖV 1962, 836; Eyermann-Fröhler, RdNr. 53 zu § 42 VwGO, Forsthoff a.a.O.

4) BVerwG v. 30.8.1962 a.a.O.; Klinger § 42 E I 3 c; Eyermann-Fröhler a.a.O. für staatsaufsichtliche Weisungen, die unmittelbar die Rechtssphäre eines Dritten beeinträchtigen; Württ.-bad. VGH, Urt. v. 11.12.1953, ESVGH 4,97

Voraussetzungen des § 42 II VwGO nicht selten vermengt oder die eine wird aus der anderen erklärt[1]. Diese Ungenauigkeiten beruhen darauf, dass normalerweise nur ein Verwaltungsakt mit unmittelbarer rechtlicher Aussenwirkung die Rechtssphäre des Betroffenen unmittelbar beeinträchtigen kann.

b) Obwohl die Unmittelbarkeitswirkung als Voraussetzung des Verwaltungsakts und die Unmittelbarkeit der Rechtsbeeinträchtigung sich weitgehend decken, kann auf die Überprüfung der Unmittelbarkeit der Rechtsbeeinträchtigung im Hinblick auf die Unmittelbarkeitswirkung beim Verwaltungsakt nicht verzichtet werden. Denn bei unmittelbarer rechtlicher Aussenwirkung eines belastenden Verwaltungsakts gegenüber dem Dritten liegt zwar immer eine unmittelbare Rechtsbeeinträchtigung vor, aber im umgekehrten Fall, bei Vorliegen einer unmittelbaren Rechtsbeeinträchtigung des Dritten durch eine hoheitliche Massnahme muss nicht unbedingt ein Verwaltungsakt die Ursache sein. Das würde sonst bedeuten, dass jede Rechtsverletzung Dritter bei Ausübung hoheitlicher Gewalt durch einen Verwaltungsakt erfolgte, dass man folglich allein aus der Rechtsverletzung heraus die Verwaltungsaktseigenschaft bejaht.
Es ist jedoch bedenklich, allein aus der Rechtsverletzung heraus, also dann, wenn eine bestimmte, an sich verwaltungsinterne Massnahme rechtswidrig ist und dadurch in die Rechtsstellung Dritter eingreift, die Verwaltungsaktseigenschaft zu begründen[2]. Die Konsequenz dieser Auffassung ist, dass es vom Zufall abhängt, ob eine bestimmte Massnahme ein Verwaltungsakt ist oder nicht. Die Rechtmässigkeit oder Rechtswidrigkeit einer Massnahme hat aber mit ihrem Wesen und ihrer rechtlichen Beurteilung nichts zu tun[3].

c) Soweit zwar nicht auf die Rechtswidrigkeit der Rechtsbeeinträchtigung Dritter, sondern lediglich auf die Rechtsbeeinträchtigung abgestellt wird und daraus die Verwaltungsaktseigenschaft einer Verwaltungsmassnahme geschlossen wird[4], hat

1) Z.B. Urt. des BVerwG v. 30.8.62 a.a.O.
2) Vgl. Urt. des OVG Rh-Pf. v. 12.10.1959, DÖV 1960, 350 (352)
3) Vgl. zu der Problematik Heinze, VerwArch. Bd. 52, 275 ff (282)
4) BGH v. 10.3.1958, 868 mit ablehnender Anmerkung von Bettermann, in diese Richtung gehen auch die sog. "Umschlagstheorie" Bachofs, Laforet-Festschrift a.a.O., Menger, System S. 111; Württ.-bad. VGH, Urt. v. 11.12.1953, ESVGH 4, 97

grundsätzlich entsprechendes zu gelten. Auch hier werden die beiden Klagevoraussetzungen, Verwaltungsakt und Rechtsbeeinträchtigung des § 42 II VwGO an dieser Stelle vermengt, sodass der Verwaltungsaktsbegriff letztlich nur noch für die Unterscheidung fiskalischer Massnahmen von hoheitlichen Massnahmen Bedeutung hätte, während es im übrigen nur auf die Rechtsbeeinträchtigung ankäme[1].

Es ist also davon auszugehen, dass der Unmittelbarkeit der Rechtsbeeinträchtigung gegenüber der Unmittelbarkeit der rechtlichen Aussenwirkung des Verwaltungsakts eine selbständige Bedeutung zukommt, dass beiden Voraussetzungen der Klagebefugnis nach § 42 II VwGO eine eigene Bedeutung gerade auch im Bereich der Aufsichtsverfügungen haben, sodass nicht kurzerhand die eine aus der anderen erklärt werden kann.

V) Bedeutung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Rechtsbeeinträchtigung für Dritte bei Aufsichtsverfügungen

Um die Frage der Unmittelbarkeit der Rechtsbeeinträchtigung bei Beanstandungs- und Anordnungsverfügungen klären zu können, muss eingehender auf die Rechtsstellung Dritter gegenüber Aufsichtsverfügungen eingegangen werden.

1) Beanstandungs- und Anordnungsakte sind stets an die Gemeinde, nicht an einen Bürger gerichtet. Die darin enthaltene Regelung bedarf zur endgültigen Wirksamkeit gegenüber einem betroffenen Bürger eines Vollzugsaktes der angewiesenen Gemeindebehörden. Der Bürger ist hier zwar als Dritter durch die Aufsichtsverfügung betroffen, aber es kommt als Besonderheit gegenüber den gewöhnlichen Dritten, denen bei Eingriffen in ihre Rechtssphäre eine Klagebefugnis gewährt wird, hinzu, dass die Aufsichtsverfügung schon kraft ihrer Rechtsnatur Dritten gegenüber niemals abschliessend einen Rechtszustand schafft, sondern gegenüber Dritten erst noch einen Vollzugsakt der Gemeinde voraussetzt.

---

1) Vgl. Heinze a.a.O.; Die Frage kann hier nicht weiter vertieft werden

Dieser die Rechtsverletzung Dritter nur vorbereitende Charakter der Aufsichtsverfügung ist wichtig für die Frage der Unmittelbarkeit der Rechtsverletzung. Ein nur vorbereitender Akt für eine endgültige Regelung bewirkt lediglich eine drohende, aber noch keine direkte und endgültige Rechtsverletzung. Soweit der Aufsichtsakt durch die Gemeinde noch nicht gegenüber dem Bürger vollzogen ist, liegt lediglich eine Gefährdung, aber noch keine unmittelbare Beeinträchtigung der Rechtssphäre vor.
Diese besondere Rechtslage bei Aufsichtsverfügungen ist gemeint, wenn das Begriffspaar unmittelbar - mittelbar, das an sich wenig aussagt, im Zusammenhang mit der Rechtsbeeinträchtigung benutzt wird.

2) Das Bundesverwaltungsgericht vertritt in seinem Urteil vom 30.8.1962[1)] die Auffassung, dass eine derartige Anordnungsverfügung der Kommunalaufsichtsbehörde nicht "unmittelbar" in die Rechtsstellung des von dieser Verfügung betroffenen Dritten eingreife. Das ergebe sich bereits aus dem Wortlaut der Aufsichtsverfügung, die sich nur an die Gemeinde wende. Das Gericht hebt weiter hervor, dass die Anordnung sich aber "mittelbar" auch auf die Besoldung und damit die beamtenrechtliche Rechtsstellung des Dritten auswirke. Der Dritte sei nur durch die der Aufsichtsverfügung folgende Verfügung der Gemeinde "unmittelbar" in seiner Rechtsstellung berührt. Das Gericht schliesst daraus, dass gegen eine solche Anordnungsverfügung die Anfechtungsklage eines Dritten "mangels Klagerechts als unzulässig" abzuweisen ist.

Das Bundesverwaltungsgericht hat damit für derartige Dritte, auf die sich eine aufsichtsbehördliche Weisung nur bezieht, die Klagebefugnis davon abhängig gemacht, dass sie unmittelbar in ihrer Rechtsstellung betroffen werden. An der Unmittelbarkeit der Rechtsverletzung fehlt es dann, wenn der Aufsichtsverfügung noch ein Vollzugsakt der angewiesenen Gemeinde gegenüber dem zunächst nur mittelbar betroffenen Bürger folgen muss.

---

1) VerwRspr. 15. Bd. (1963) Nr. 153

Das ist bei Anordnungs- und Beanstandungsverfügungen ausnahmslos der Fall, da diese Weisungen nur das Verhältnis des Staats zu den Gemeinden betreffen und die Ausübung des kommunalen Selbstverwaltungsrechts regeln, während die Aufsichtsbehörden aufgrund der Bestimmungen der Gemeindeordnungen keine Möglichkeit besitzen, mit Beanstandungs- und Anordnungsverfügungen sich unter Übergehung der Gemeinde direkt an Dritte zu wenden, um deren Rechtsverhältnisse hoheitlich zu regeln.

Der aufgrund einer Anordnungs- und Beanstandungsverfügung ergehende Vollzugsakt der Gemeinde wird in der Regel ein Verwaltungsakt sein. Für derartige Fälle ist der vom Bundesverwaltungsgericht vertretene Ausschluss der Klagebefugnis Dritter gerechtfertigt, wenn auch die Einführung des Kriteriums der "Unmittelbarkeit" der Rechtsverletzung bei Dritten in dogmatischer Hinsicht missverständlich und nicht glücklich erscheint, da man unter dem Begriff der Unmittelbarkeit die verschiedenartigsten Dinge verstehen kann[1].

3) Nun sind aber nicht alle auf eine Aufsichtsverfügung hin ergehenden Vollzugsakte der Gemeinde gegenüber Dritten Verwaltungsakte. Hier wird es sehr fraglich, ob der vom Bundesverwaltungsgericht geforderte Grundsatz der "unmittelbaren" Rechtsverletzung bei Dritten noch vertretbar ist.

Die Problematik soll folgendes Beispiel verdeutlichen:
Eine Gemeinde hat mit einem Bürger einen privatrechtlichen Vertrag abgeschlossen. Weil sie nicht ganz sicher ist, ob er nicht gegen Normen des öffentlichen Rechts verstösst, hat sie sich ein Rücktrittsrecht vorbehalten. Die Aufsichtsbehörde erlangt Kenntnis von dem Vertragsabschluss, beanstandet ihn und verlangt Rücktritt der Gemeinde, weil öffentlich-rechtliche Normen verletzt seien.

Wenn nun die Gemeinde aufgrund der Aufsichtsverfügung zurücktritt, ist dieser Rücktritt der Vollzugsakt. Gegen diesen privatrechtlichen Akt kann der Bürger nichts unternehmen, weder zivilrechtlich, da der Rücktritt vorbehalten war, noch

---

1) Z.B. aus der Sicht der Adressierung wird der Adressat unmittelbar, ein Nichtadressat nur mittelbar betroffen.

im Wege der Anfechtungsklage, da es sich um keine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handelt. Wenn er der Ansicht ist, dass die aufsichtsbehördliche Weisung rechtswidrig war, weil öffentlich-rechtliche Normen durch den Vertrag nicht verletzt sind, sodass der Rücktritt durch einen rechtswidrigen hoheitlichen Akt erzwungen worden wäre, und wenn er damit Recht hat, kann er durch die aufsichtsbehördliche Weisung mittelbar in seinem Grundrecht auf Vertragsfreiheit nach Art. 2 I GG[1] verletzt worden sein.
Nur mittelbar im Sinn der Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts deshalb, weil die aufsichtsbehördliche Weisung an die Gemeinde gerichtet war und diese erst durch den dadurch veranlassten, privat-rechtlichen Rücktritt die unmittelbare Beeinträchtigung herbeigeführt hat. Bis dahin war der Vertrag voll wirksam. Würde man auch in diesen Fällen der Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts vom Erfordernis der unmittelbaren Rechtsverletzung folgen, so würde das im Ergebnis dazu führen, dass der durch eine rechtswidrige Aufsichtsverfügung in seinen Rechten beeinträchtigte Dritte keinen Rechtsschutz geniessen würde, da er weder auf dem Zivilrechtsweg noch verwaltungsgerichtlich gegen die Aufsichtsverfügung vorgehen könnte[2]. Voraussetzung ist ferner, dass die Gemeinde ohne die möglicherweise rechtswidrige Aufsichtsverfügung nicht von sich aus vom Vertrag zurückgetreten wäre. Es würde hier ein Verstoss gegen die Grundgedanken des Art. 19 IV GG vorliegen, nach dem jedermann, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird, Anspruch auf Rechtsschutz geniesst.

Dass gerade in Fällen der letztgenannten Art der Grundsatz der "unmittelbaren Rechtsverletzung" in dem vom Bundesverwaltungsgericht verstandenen Sinn[3] nicht zurAnwendung kommen kann, zeigen auch die vom Bundesverwaltungsgericht zur Begründung dieses Grundsatzes angestellten Erwägungen. Das

---

1) Maunz-Dürig, RdNr. 53 zu Art. 2 I GG, BVerwG in ständiger Rechtsprechung seit E 1, 321 (323)
2) Es wird hier zunächst unterstellt, dass die Verwaltungsaktseigenschaft der Aufsichtsverfügung auch im Verhältnis zum Dritten gegeben ist.
3) Wie im Urt. v. 30.8.1962 a.a.O.

Gericht geht davon aus, dass Art. 19 IV GG dadurch genügt sei, dass der Dritte immer die aufgrund der Aufsichtsverfügung von der Gemeinde erlassene Verfügung im Verwaltungsrechtsweg anfechten könne. Das ist für den dort entschiedenen Fall zweifellos richtig und im übrigen für alle diejenigen Fälle, in denen der Vollzugsakt der Gemeinde ein Verwaltungsakt ist. Das ergibt sich daraus, dass die Weisung der Aufsichtsbehörde im Rahmen der Anfechtung des kommunalen Vollzugsakts gerichtlich nachgeprüft werden kann. Da der Vollzugsakt auf der aufsichtsbehördlichen Weisung beruht, kann der Dritte geltend machen, dass bereits die Weisung rechtswidrig sei[1], dass sie z.B. die ihm gewährleisteten Rechte unberücksichtigt lasse und dass sie deshalb nicht die Grundlage des angefochtenen Verwaltungsakts der Gemeinde bilden könne.
Ein auf die Aufsichtsverfügung gestützter Verwaltungsakt gegenüber dem Dritten ist nur dann rechtmässig, wenn die Weisung im Hinblick auf die Rechtsstellung des Dritten nicht rechtswidrig ist. Bei rechtswidriger Weisung muss der angefochtene Verwaltungsakt der Gemeinde aufgehoben werden, sodass dem Bürger gegenüber der rechtswidrigen Aufsichtsverfügung ausreichender Rechtsschutz zur Verfügung steht. Es besteht deshalb auch kein besonderes Interesse des Bürgers daran, bereits gegen die Aufsichtsverfügung vorzugehen, da diese die endgültige Rechtsverletzung gegenüber dem Dritten erst vorbereitet; endgültig wird die Rechtsverletzung erst durch den Vollzugsakt der Gemeinde, gegen die dem Betroffenen voller Rechtsschutz gewährt wird.

Dem Grundsatz des Art. 19 IV GG wird also nur dann genügt, wenn der Vollzugsakt ein belastender Verwaltungsakt ist. Die dargelegte Begründung versagt aber, wenn der Vollzugsakt der Gemeinde ein zivilrechtlicher Akt in dem im obigen Beispiel dargelegten Sinn ist. Hier kann der Ausschluss des Verwaltungsrechtswegs auf diese Weise nicht gerechtfertigt werden,

---

1) Vgl. dazu Menger, VerwArch Bd. 55 (1964), 178; BVerwG v. 28.5.1963, MDR 1963, 953, wo das für bindende Zustimmungsakte anderer Behörden ausdrücklich ausgesprochen wird; Eyermann-Fröhler § 42 RdNr. 56 a

weil der zivilrechtliche Vollzugsakt nicht im Wege der verwaltungsgerichtlichen Klage anfechtbar ist und damit incidenter auch kein Rechtsschutz gegen eine rechtswidrige, den Dritten belastende Aufsichtsverfügung gewährt wird. Um den Dritten gegenüber der rechtswidrigen Massnahme der Aufsichtsbehörde nicht rechtsschutzlos zu stellen, fordern deshalb Art. 19 IV GG und § 42 II VwGO hier ein Klagerecht des Dritten gegenüber der Aufsichtsverfügung[1].

Auch das Bundesverwaltungsgericht will in dem angeführten Urteil[2] den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz gegen die Aufsichtsverfügung als solche nicht generell ausschliessen, wenn es zu dieser Frage andeutet: "Der Dritte, auf den sich die aufsichtsbehördliche Weisung nur bezieht, kann aus Art. 19 IV GG ein Klagerecht gegen diese Weisung dann nicht herleiten, wenn er mit den Einwendungen gegen die Rechtmässigkeit der Weisung im Verfahren über die Anfechtungsklage, die sich gegen den auf Weisung ergangenen Verwaltungsakt richtet, gehört werden müsste".
Diese Voraussetzung ist aber bei zivilrechtlichen Vollzugsakten nicht gegeben, sodass dann ein Ausschluss der Anfechtung hinsichtlich der aufsichtsbehördlichen Weisung aufgrund des Merkmals der Unmittelbarkeit der Rechtsverletzung nicht gerechtfertigt erscheint.

Wenn man ausserdem berücksichtigt, dass es heute allgemein anerkannt ist, dass ein Vertragspartner der Gemeinde die Versagung der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde im Wege der Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage anfechten kann[3], so sollte doch erwogen werden, ob der Vertragspartner der Gemeinde dann, wenn der beeinträchtigende Vollzugsakt der Gemeinde aufgrund einer Anordnungs- oder Beanstandungsverfügung der Aufsichtsbehörde ergeht und nicht anfechtbarer Verwaltungsakt ist, nicht ebenfalls eine Klagebefugnis besitzen sollte. Zwar besteht insoweit ein Unterschied, als die Versagung der Genehmigung ohne Vollzugsakt der Gemeinde unmittelbar auf den

---

1) Unter der Voraussetzung, dass man in der Aufsichtsverfügung auch gegenüber dem Dritten einen Verwaltungsakt sieht
2) Vom 30.8.1962, VerwRspr. 15. Bd. (1963) Nr. 153
3) Surén, Bd. II, Gemeindewirtschaftsrecht S. 910; Forsthoff, Lehrbuch S. 495; Gönnenwein, Lehrbuch S. 181

mit der Gemeinde geschlossenen Vertrag einwirkt, sodass dieser endgültig unwirksam wird[1], aber die Interessenlage ist doch sehr ähnlich. - Auch die Versagung und Erteilung der Genehmigung erfolgt nur der Gemeinde gegenüber, und von der Auswirkung auf den Dritten hergesehen ist im praktischen Ergebnis kein grosser Unterschied festzustellen, sodass sein berechtigtes Interesse auf Rechtsschutz der durchschlagende Gesichtspunkt sein müsste.

4) Folgt man der dargestellten Ansicht und schliesst man das Klagerecht in diesen besonderen Fällen nicht aus, so ergibt sich die weitere Frage, ob der Dritte bereits dann gegen die Aufsichtsverfügung vorgehen kann, wenn diese gegenüber der Gemeinde erlassen ist oder erst dann, wenn die Gemeinde den Vollzugsakt gegenüber dem Betroffenen vorgenommen hat.

Wenn man berücksichtigt, dass die Aufsichtsverfügung ausschliesslich an die Gemeinde gerichtet ist und den Dritten noch nicht endgültig und gegenwärtig belastet, sondern dass das vielmehr dem kommunalen Vollzugsakt vorbehalten bleibt, ist aus Gründen des Rechtsschutzes in diesen Fällen nur insoweit ein Klagerecht des Dritten erforderlich,als eine endgültige und gegenwärtige Belastung in Form des gemeindlichen Vollzugsaktes eingetreten ist.
Denn es ist durchaus möglich, dass die Gemeinde selbst Anfechtungsklage erhebt und die Aufhebung der rechtswidrigen Weisung erreicht, sodass den Bürger zu keinem Zeitpunkt eine gegenwärtige Beschwer trifft[2].

Zusammenfassend ist deshalb festzustellen, dass die Gegenüberstellung eines unmittelbaren und eines mittelbaren Betroffenseins des durch eine Beanstandungs- oder Anordnungsverfügung berührten Dritten nur insoweit zum Ausschluss der Klagebefugnis gegenüber der Aufsichtsverfügung führt, als die unmittel-

---

1) Bullinger, Die behördliche Genehmigung privater Rechtsgeschäfte und ihre Versagung, DÖV 1957, 761 ff; Surén a.a.O. S. 906; RGZ 168, 346 (351)
2) Vgl. in Parallele die Rspr. des BVerfG zur Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze, wo seit E 1, 97 in ständiger Rspr. eine gegenwärtige und unmittelbare Verletzung durch das Gesetz gefordert wird, während es das BVerfG nicht ausreichen lässt, dass die Verletzung erst mittels eines Vollziehungsaktes eintritt

bare Beeinträchtigung durch einen Verwaltungsakt der Gemeinde erfolgt. Andere auf die Aufsichtsverfügung hin ergehende Vollzugsakte der Gemeinde schliessen die Klagebefugnis gegenüber dem Aufsichtsakt grundsätzlich nicht aus. Das Klagerecht gegen die Aufsichtsverfügung ist jedoch erst dann gegeben, wenn der nicht anfechtbare kommunale Vollzugsakt erlassen ist und damit feststeht, dass der Dritte nunmehr endgültig in seinen Rechten beeinträchtigt ist.

Die Klagebefugnis Dritter gegenüber derartigen Aufsichtsverfügungen kann damit aber noch nicht abschliessend bejaht werden, denn es sind noch weitere Klagevoraussetzungen zu prüfen, deren Vorliegen ebenfalls recht zweifelhaft ist.

5) Zunächst sind noch einige Bemerkungen zu der vom Bundesverwaltungsgericht[1] bei Aufsichtsverfügungen vorgenommenen Gegenüberstellung der Begriffe der unmittelbaren und mittelbaren Rechtsverletzung anzufügen.
Es wurde bereits erläutert, dass das Bundesverwaltungsgericht dann keine unmittelbare Rechtsverletzung für gegeben hält, wenn durch Anfechtung des auf der Weisung beruhenden, kommunalen Verwaltungsaktes ausreichender Rechtsschutz auch gegenüber der aufsichtsbehördlichen Weisung gewährleistet ist.

Die Gegenüberstellung des Begriffspaars ist jedoch wenig glücklich, da es in verschiedenem Sinne gebraucht wird, sodass Missverständnisse naheliegen. Der Begriff bedarf deshalb näherer Konkretisierung anhand der gegebenen Rechtslage im Einzelfall.

a) So ist darauf hinzuweisen, dass die Klagebefugnis Dritter eigenen Regeln folgt, die in der gegenüber einem Adressaten andersgearteten Rechtsstellung und Interessenlage des Dritten ihren Ursprung haben. Der Dritte ist immer dann klagebefugt, wenn der an einen andern gerichtete Verwaltungsakt ihn in seinen rechtlich geschützten Interessen verletzt. Im Gegensatz zum Adressaten, dessen Rechtsstellung unmittelbar geregelt wird, ist die Auswirkung des nicht an den Dritten gerichteten

---

1) Urt. v. 30.8.1962 a.a.O.

Verwaltungsakts im Hinblick auf die Adressierung für diesen nur eine mittelbare, da er dadurch beeinträchtigt wird, dass ein anderer begünstigt oder belastet wird. Es ist deshalb bereits terminologisch wenig glücklich, wenn vom Dritten verlangt wird, dass er "unmittelbar" in seinen Rechten verletzt sein müsse. Ausserdem werden in Literatur und Rechtsprechung je nach der Rechts- und Sachlage im Einzelfall ganz verschiedenartige Voraussetzungen unter dem Merkmal der Unmittelbarkeit verstanden.

b) Das Bundesverwaltungsgericht hat, als es diesen Begriff für das Anfechtungsrecht Dritter gegenüber Aufsichtsverfügungen heranzog, allem Anschein nach die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den ähnlichen, jedoch nicht ganz gleichgelagerten Fällen der Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze (§ 90 BVerfGG) als Vorbild und Parallele herangezogen. Danach ist grundsätzliche Voraussetzung einer Verfassungsbeschwerde gegen Rechtsnormen, dass der Beschwerdeführer durch diese Norm betroffen ist[1]. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits in seinem Beschluss vom 19.12.1951[2] den Grundsatz ausgesprochen, dass ein derartiges Betroffensein davon abhängig sei, dass der Beschwerdeführer durch die Rechtsnorm[3] "selbst, gegenwärtig und unmittelbar" in einem Grundrecht oder einem diesem gleichgestellten Recht verletzt ist. Diese Voraussetzungen hat das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung bis heute gefordert[4].

Das Bundesverfassungsgericht versteht unter Unmittelbarkeit die Entbehrlichkeit eines Vollzugsaktes und sieht den Beschwerdeführer nur dann als unmittelbar betroffen an, wenn bereits das Gesetz als solches und nicht erst dessen Vollzug ihm die nachteiligen Wirkungen des Gesetzes vermittelt. Diese dürfen nicht erst durch das "Medium" des Vollzugsaktes die Rechts-

---

1) Pfeiffer, Die Verfassungsbeschwerde in der Praxis, 1959 S. 13
2) BVerfGE 1, 97
3) Gesetz oder Rechtsverordnung, BVerfGE 3, 288/289
4) Vgl. z.B. BVerfGE 1, 264; 2,237; 2,292; 3,1; 3,4; 3,19; 3,383; 4,7; 5,77; 6,121; 7,63; 8,1 weitere Nachweise bei Pfeiffer a.a.O.

sphäre des Beschwerdeführers erreichen[1]. Als unmittelbar durch ein Gesetz im Sinn des § 90 BVerfGG betroffen sind daher alle diejenigen Normadressaten anzusehen, denen durch das Gesetz etwas geboten oder verboten wird, deren Freiheit beschränkt, denen eine Pflicht auferlegt oder ein Recht oder eine Rechtsstellung entzogen wird, bei denen also das Gesetz selbst und nicht erst der es anwendende Verwaltungsakt oder Richterspruch die Rechtssphäre des Betroffenen beeinträchtigt[2].

Soweit diese Gesetze einen Vollzugsakt erfordern, besteht hier eine ähnliche Rechtslage wie bei den Aufsichtsverfügungen der Beanstandung und Anordnung, die jeweils einen kommunalen Vollzugsakt voraussetzen. Schon bei der Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze kann man daran zweifeln, ob die Bezeichnung des "unmittelbaren" Betroffenseins besonders glücklich ist, da es an sich nur darum geht, ob das Gesetz noch vollzogen werden muss, oder ob es bereits ohne Vollzug die Rechtssphäre des Normadressaten gegenwärtig und endgültig beeinträchtigt.

Bei der Klagebefugnis Dritter ist die Verwendung des Begriffs- in bezug auf Aufsichtsverfügungen jedoch besonders bedenklich, weil man in der Lehre und Rechtsprechung des Verwaltungsprozessrechts unter dem Begriff der Unmittelbarkeit gemeinhin[3] etwas anderes versteht als das Erfordernis, dass dem vom Bürger angegriffenen Verwaltungsakt kein Vollzugsakt mehr zu folgen hat[4].

c) Das Bundesverwaltungsgericht versteht in seiner Entscheidung vom 30.8.1962[5] unter Unmittelbarkeit im Ergebnis dasselbe wie das Bundesverfassungsgericht bei Verfassungsbeschwerden gegen Gesetze. Die Parallele aus einem ganz andersgearteten Rechtsgebiet rechtfertigt es jedoch nicht, bei der Klagebefugnis nach § 42 II VwGO auch noch die besondere Vollzugs-

---

1) Bettermann, Zur Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze und zum Rechtsschutz des Bürgers gegen Rechtsetzungsakte der öffentlichen Gewalt, AöR Bd. 86 (1961) S. 129 ff (132)
2) Bettermann a.a.O. S. 133
3) Vor allem im Zusammenhang mit dem Verwaltungsaktsbegriff, vgl. Obermayer, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt S. 71; Forsthoff S. 191
4) Vgl. auch Bettermann a.a.O. S. 132
5) VerwRspr. 15. Bd. (1963) Nr. 153

bedürftigkeit der Beanstandungs- und Anordnungsverfügungen unter den unklaren und umstrittenen Begriff der Unmittelbarkeit zu bringen, da dieser so vieldeutig ist, dass er immer erst anhand der Rechtslage im Einzelfall erläutert werden müsste, um feststellen zu können, welche seiner verschiedenen Bedeutungen gemeint ist.
Es ist daher besser, von der Vollzugsbedürftigkeit der aufsichtsbehördlichen Verwaltungsakte gegenüber Dritten zu sprechen, die grundsätzlich eine Rechtsbeeinträchtigung des Bürgers ausschliesst, da der hoheitliche Vollzugsakt erst die endgültige und gegenwärtige Belastung mit sich bringt.

Die ähnliche Rechts- und Interessenlage bei der Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze lässt jedoch erkennen, dass auch bei Beanstandungs- und Anordnungsverfügungen zu Recht die Rechtsbeeinträchtigung abgelehnt wird, wenn der Vollzugsakt selbst ein anfechtbarer Verwaltungsakt ist, denn in beiden Fällen fehlt es an einem endgültigen und gegenwärtigen Betroffensein, solange der Vollzugsakt nicht erlassen ist.

C) Die übrigen Aufsichtsmittel

Die Problematik der Unmittelbarkeit der Rechtsbeeinträchtigung im soeben behandelten Sinn taucht bei den übrigen Aufsichtsmitteln nicht auf, da diese Massnahmen der Aufsichtsbehörde nicht wie die Beanstandung und Anordnung besonderer Umsetzungsakte der Gemeinde gegenüber dem Bürger bedürfen. So wird die Aufsichtsbehörde im Falle der Ersatzvornahme direkt gegenüber dem betroffenen Bürger tätig[1], sodass dessen Rechtsbeeinträchtigung nicht zweifelhaft ist. Durch den Akt der Ersatzvornahme wird der an sich von der Gemeinde vorzunehmende Vollzugsakt ersetzt, zu dem diese aufgrund der vorausgegangenen Anordnungsverfügung verpflichtet wurde. Für andere Bürger, die nicht Adressat des aufsichtsbehördlichen Aktes der Ersatzvornahme sind, die durch ihn jedoch belastet werden, gelten die im 2. Abschnitt dargestellten allgemeinen Regeln über die Rechtsbeeinträchtigung Dritter.

---

1) Helmreich-Widtmann S. 621 f; Göbel S. 331; Kunze-Schmid S. 809; Gönnenwein, Lehrbuch S. 189

Auch bei den Genehmigungsvorbehalten wirken die Erteilung oder Versagung der Genehmigung unmittelbar auf die Rechtsstellung des Bürgers ein. Wird die Genehmigung versagt, so wird das bis dahin schwebend unwirksame Rechtsgeschäft[1] des Bürgers mit der Gemeinde endgültig unwirksam[2] und dadurch in das Recht des Bürgers auf Vertragsfreiheit[3] gemäss Art. 2 I GG eingegriffen.

Die übrigen Aufsichtsmassnahmen setzen, soweit bei ihnen nicht schon von vornherein eine Rechtsbeeinträchtigung Dritter kraft ihrer besonderen Rechtsnatur ausscheidet, einen kommunalen Vollzugsakt gegenüber dem Bürger ebenfalls nicht voraus.

Die für die Beanstandungs- und Anordnungsverfügungen wichtige Frage der Vollzugsbedürftigkeit taucht deshalb hier nicht auf. Ein genereller Ausschluss der Rechtsbeeinträchtigung Dritter kommt aus diesem Grunde nicht in Betracht. So wird bei der Bestellung eines Beauftragten, der Abberufung des Bürgermeisters oder der Auflösung der Gemeindevertretung unmittelbar in die persönliche Amts- und Rechtsstellung des Bürgermeisters oder der Gemeinderäte eingegriffen, auch wenn die aufsichtsbehördliche Verfügung nur an die Gemeinde adressiert ist. Bei allen übrigen Dritten ist die Beeinträchtigung eines rechtlich geschützten Interesses dagegen nur in Ausnahmefällen möglich. Lediglich mittelbare und faktische Folgen für die Interessensphäre Dritter sind rein zufällig und können keine Klagebefugnis begründen.

Eine zur Klagebefugnis ausreichende, gegenwärtige und endgültige Rechtsbeeinträchtigung Dritter fehlt deshalb generell nur bei Beanstandungs- und Anordnungsverfügungen, soweit dort kraft der Bindungswirkung der Aufsichtsverfügung ein kommunaler Umsetzungsakt gegenüber dem Betroffenen folgen muss und dieser sich als Verwaltungsakt darstellt. Bei den übrigen Aufsichtsmassnahmen der Kommunalaufsichtsbehörden hängt die Klagebefugnis Dritter einmal von dem Vorliegen der allgemeinen

---

1) RGZ 103, 104 (106)
2) RGZ 168, 346 (351)
3) Maunz-Dürig, RdNr. 53 zu Art. 2 I GG

Voraussetzungen der Rechtsbeeinträchtigung ab, vor allem davon, ob ein rechtlich geschütztes Interesse vorhanden ist, und ausserdem von dem Vorliegen eines Verwaltungsakts. Ob die Verwaltungsaktseigenschaft einer Aufsichtsmassnahme gegenüber dritten, ausserhalb des Verhältnisses des Staats und der Gemeinden stehender Personen angenommen werden kann, sollen die folgenden Untersuchungen zeigen.

D) Ergebnis:

1) Bei Beanstandungs- und Anordnungsverfügungen führt der Grundsatz der unmittelbaren Rechtsbeeinträchtigung im Regelfall zum Ausschluss der Klagebefugnis Dritter. Voraussetzung ist, dass der auf die Aufsichtsverfügung hin ergehende Vollzugsakt der Gemeinde dem Dritten gegenüber ein Verwaltungsakt ist.

2) Bei anderen Vollzugsakten der Gemeinde, die die Voraussetzungen eines Verwaltungsakts nicht erfüllen, bewirkt der Grundsatz der unmittelbaren Rechtsbeeinträchtigung keinen Ausschluss der Klagebefugnis gegenüber Beanstandungs- und Anordnungsverfügungen.
Die Klage ist jedoch erst zulässig, wenn der nicht anfechtbare kommunale Vollzugsakt erlassen ist und damit eine endgültige Rechtsbeeinträchtigung des Klägers in seinen Rechten gegeben sein kann.

3) Die übrigen Massnahmen der Kommunalaufsicht setzen einen Vollzugsakt der Gemeinde nicht voraus. Der Grundsatz der unmittelbaren Rechtsbeeinträchtigung hindert die Klagebefugnis Dritter gegenüber diesen Aufsichtsakten nicht.

4. Abschnitt

Die Verwaltungsaktseigenschaft der Aufsichtsakte der Kommunalaufsichtsbehörden im Verhältnis zu Dritten

A) § 42 II VwGO verlangt neben der Rechtsbeeinträchtigung des Klägers als weitere Voraussetzung der Klagebefugnis, dass der Kläger durch einen Verwaltungsakt betroffen ist. Diese Voraussetzung wirft bei der Rechtsstellung Dritter gegenüber Aufsichtsverfügungen der Kommunalaufsichtsbehörden eine Reihe von Zweifelsfragen auf, die einer näheren Untersuchung bedürfen.

Nun sind zwar die Massnahmen der Aufsichtsbehörde im Rahmen der Kommunalaufsicht Verwaltungsakte gegenüber der Gemeinde[1], soweit sie das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde berühren und für diese verbindlich sind. Damit steht aber noch nicht fest, dass dieselbe Massnahme auch gegenüber Dritten ein Verwaltungsakt ist, denn der Verwaltungsakt ist zumindest prozessual gesehen eine Zweckschöpfung der Verwaltungsrechtswissenschaft, die vornehmlich auf Gesichtspunkten des Rechtsschutzes beruht[2]. Bei mehreren Personen kann diese Rechtsstellung der einzelnen Betroffenen sehr verschieden sein, sodass die einheitliche hoheitliche Massnahme sich entsprechend den Grundsätzen des Rechtsschutzes von ihrer Rechtsnatur her gesehen im Verhältnis zu verschiedenen Personen verschieden darstellen kann. Eine einheitliche Charakterisierung einer Massnahme gegenüber mehreren Betroffenen insbesondere dann als Verwaltungsakt, wenn sie einem Betroffenen gegenüber ein Verwaltungsakt ist, ist deshalb mit dem Zweck dieses Begriffs nicht vereinbar.

---

1) BVerwGE 19, 121 (123), dazu Menger, VerwArch. Bd. 56, 287 f und Bachof, JZ 1966, 790; BVerwG, Urt. v. 9.7.1964, DVBl 1965, 86; VGH Stuttgart, BaWü VBl 1958, 153; OVG Lüneburg, OVGE 10, 359

2) BVerwGE 3, 258 (262)

Die rechtliche Natur einer staatlichen Massnahme kann im Hinblick auf verschiedene Betroffene eine verschiedene sein[1]. Aus diesem Grunde kann aus der Tatsache, dass die Aufsichtsverfügung gegenüber der Gemeinde ein Verwaltungsakt ist, nicht ohne weiteres geschlossen werden, dass sie es deshalb auch gegenüber den dadurch betroffenen Dritten ist. Für die Klagebefugnis Dritter ist daher der Nachweis, dass ihnen gegenüber die Verwaltungsaktseigenschaft gegeben ist, von entscheidender Bedeutung. Die besondere Rechtslage im Bereich der Kommunalaufsicht und die Rechtsstellung des Dritten, den die Kommunalaufsicht überhaupt nicht betrifft und betreffen soll, werfen verschiedene Probleme auf, die bei der Bestimmung der Verwaltungsaktseigenschaft gegenüber Dritten zu beachten sind. Die Problematik konzentriert sich im wesentlichen auf die Frage, ob in den Aufsichtsakten der Kommunalaufsichtsbehörden im Verhältnis zu Dritten eine rechtliche Regelung eines Einzelfalls mit unmittelbarer rechtlicher Aussenwirkung gesehen werden kann.

---

1) In diesem Sinn BVerwG, Urt. v. 30.8.1962 a.a.O; ausdrücklich Hans-J. Wolff, VerwR I § 46 V C 4; Kunze-Schmid S. 821; vgl. auch Bachof, Laforet-Festschrift S. 285 ff, der bestimmte innerdienstliche Weisungen an nachgeordnete Behörden im Aussenverhältnis gegenüber Dritten als Verwaltungsakt ansieht. Wüba VGH, Urt. v. 11.12.1953, ESVGH 4, 97; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Anm. IV 1 h zu § 42; Obermayer, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt S. 131, 135; vgl. ferner auch die Meinungen, die eine Doppelnatur der staatlichen Genehmigung kommunaler Satzungen annehmen, nämlich Verwaltungsakt gegenüber der Gemeinde, Rechtsetzungsakt gegenüber den durch die Satzung betroffenen Bürgern: z.B. BVerwGE 16, 83; 16,312; 3,258 (263); OVG Koblenz, AS 3,102; OVG Lüneburg, AS 6,392; 7,470; 10,354; bei Genehmigung von Änderungen der Gemeindegrenzen vgl. OVG Lüneburg, DÖV 1963, 150; a.A. Badura, DÖV 1963, 561 (569 insbesondere Anm. 79)

B) Der Grundsatz der unmittelbaren Rechtswirkung und seine Bedeutung für Akte der Beanstandung und Anordnung

I) Für den Verwaltungsaktsbegriff ist die Unmittelbarkeit der Rechtswirkung in zweifacher Hinsicht bedeutsam: Zum ersten muss von der behördlichen Massnahme überhaupt eine rechtliche Wirkung ausgehen. Das ist bei blossen Belehrungen, Mitteilungen, unverbindlichen Warnungen und Feststellungen nicht der Fall, da die Rechtswirkungen von dem Akt selbst und direkt ausgehen müssen[1]. Bei verbindlichen Aufsichtsakten bestehen in dieser Hinsicht, wenigstens soweit die Gemeinde betroffen ist, keine Schwierigkeiten.

Ausserdem muss die rechtliche Wirkung aber auch unmittelbar gegen eine Person gerichtet sein. Das Handeln der Verwaltungsbehörde darf nicht nur der Anlass für einen späteren Akt mit unmittelbaren Rechtswirkungen gegenüber bestimmten Personen sein, es darf nicht nur mittelbar rechtserheblich sein, wie z.B. innerdienstliche Weisungen, Aktenvermerke, Berichte und ähnliche Massnahmen[2]. Mit Heinze[3] lässt sich die unmittelbare Rechtswirksamkeit in diesem Sinn am besten dahin umschreiben, dass "ohne Vermittlung anderer, die Verhältnisse des einzelnen diesem gegenüber regelnde Verwaltungsmassnahmen eintretende, selbständige Aussenwirkung" darunter zu verstehen ist[4].

---

1) Forsthoff S. 191; Obermayer a.a.O. S. 71
2) Forsthoff a.a.O.
3) DÖV 1962, 836
4) Vgl. zu dieser Problematik auch Bachof a.a. O. (insbesondere S. 308 ff), ders. DÖV 1957, 263; BaWü VGH, ESVGH 4,97; Menger, System S. 111; ders. VerwArch. Bd. 50 (1959) S. 396; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit S. 144, die den Begriff der Unmittelbarkeit sehr weit fassen, während der BGH, Urt. v. 10.8.1958, DÖV 1958, 629 mit ablehnender Anm. von Obermayer, anscheinend auf das Merkmal der Unmittelbarkeit der rechtlichen Aussenwirkung ganz verzichtet hat. Anders BVerwG, z.B. Urt. v. 30.8.1962, VerwRspr 15. Bd. (1963) Nr. 153; Eyermann-Fröhler, RdNr. 53 zu § 42 VwGO, Heinze, VerwArch. Bd. 52 (1961) S. 278 mit einer Vielzahl weiterer Nachweise

Auch diese zweite Erscheinungsform der Unmittelbarkeitswirkung ist beachtlich für den Begriff des Verwaltungsakts und damit auch für die Aufsichtsakte im Verhältnis zu Dritten. Bei der Klagebefugnis gegen Verwaltungsakte kommt es an sich nicht darauf an, ob der Betroffene Adressat oder Dritter ist. Nur hinsichtlich der Voraussetzungen der Klagebefugnis können sich gewisse Unterschiede ergeben, vor allem dann, wenn man der Ansicht folgt, dass der Adressat eines Verwaltungsakts immer klagebefugt sei[1].

Ist der Betroffene Adressat des behördlichen Aktes, dann liegt ihm gegenüber nur dann ein Verwaltungsakt vor, wenn seine Rechtssphäre nicht nur mittelbar berührt wird. Bei einem Dritten, also einem Nichtadressaten, besteht kein Anlass, von dieser Voraussetzung der Rechtswirkung eines hoheitlichen Aktes abzuweichen. Eine innerdienstliche Weisung, die dem Adressaten gegenüber kein Verwaltungsakt ist, z.B. eine Anordnung der staatlichen Behörde an die Gemeinde im Rahmen der Auftragsangelegenheiten herkömmlicher Prägung, kann auch dem Dritten gegenüber kein Verwaltungsakt sein, soweit im Verhältnis zu ihm keine weiteren Voraussetzungen hinzutreten[2].

Dritte können deshalb grundsätzlich einen solchen Akt ebenfalls nicht anfechten. Auch für das Verhältnis zu Dritten ist daher notwendige Voraussetzung der Klagebefugnis das Vorliegen eines Verwaltungsakts, verbunden mit einer unmittelbaren rechtlichen Aussenwirkung gegenüber dem Dritten, der dann bei Beeinträchtigung seiner rechtlich geschützten Interessen Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage erheben kann.

---

1) So Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Anm. II 2 zu § 42 VwGO; Menger, VerwArch. Bd. 51 (1960) S. 265, insbesondere Anm. 11

2) Anders die Ausnahmefälle Bachof's, Laforet-Festschrift S. 307 ff, bei denen der Adressat, die nachgeordnete Behörde, aber keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt, was sie von den oben genannten Grundfällen unterscheidet

II) Bedeutung für die Beanstandungs- und Anordnungsverfügungen

1) Bei Beanstandungs- und Anordnungsverfügungen besteht eine besondere Rechtslage. Hier sind der Gemeinde gegenüber beide Elemente der Unmittelbarkeit der Rechtswirkung, wie sie unter B I aufgezeigt wurden, gegeben, während dem Dritten gegenüber noch ein weiterer Akt, der kommunale Umsetzungsakt, erforderlich ist. Im Verhältnis zum Dritten ist also die zweite Erscheinungsform der Unmittelbarkeitswirkung nicht erfüllt, da es im Hinblick auf seine Person noch eines besonderen Vollzugsaktes der Gemeinde bedarf, um seine Rechtsbeeinträchtigung gegenwärtig und endgültig herbeizuführen.

Diese Verschiedenartigkeit der Rechtslage der Gemeinde, der gegenüber die unmittelbare Rechtswirkung der Aufsichtsverfügung in jeder Hinsicht gegeben ist, und der Rechtsstellung des Dritten, demgegenüber die unmittelbare Rechtswirkung fehlt, da der Akt noch der Umsetzung bedarf, beruht auf dem besonderen Verhältnis des Staats zu den Gemeinden einerseits und zum Dritten andererseits, das von dem für die Klagebefugnis gewöhnlichen Verhältnis des Staats zum Adressaten und zum Dritten erheblich abweicht.

Bei den üblichen Fällen der Klagebefugnis Dritter ist in aller Regel dann die Unmittelbarkeit der Rechtswirkung dem Dritten gegenüber gegeben, wenn sie dem Adressaten gegenüber, der hier wie der Dritte auch ein Bürger ist, vorliegt. Denn wenn dem Adressaten gegenüber ein Verwaltungsakt anzunehmen ist, ist auch dem Dritten gegenüber in aller Regel ein Verwaltungsakt gegeben, soweit seine Rechtssphäre berührt wird. Denn eine behördliche Massnahme kann nicht dem einen Bürger gegenüber ein Verwaltungsakt, dem anderen Betroffenen, dem Dritten gegenüber eine innerdienstliche Massnahme sein. Wenn die Massnahme dem Adressaten gegenüber eine rechtliche Wirkung entfaltet, so auch dem Dritten gegenüber, soweit in dessen rechtlich geschützte Interessen eingegriffen wird.

Bei der Aufsichtsverfügung tritt aber im Verhältnis zum Dritten eine weitere Stufe hinzu, die beim Adressaten, der Gemeinde, fehlt: Der Verwaltungsakt der Aufsichtsbehörde muss dem Dritten gegenüber immer noch durch einen weiteren Akt der Gemeinde vollzogen werden, um endgültig gegenüber dem Dritten wirksam zu sein.

Die Voraussetzung der unmittelbaren rechtlichen Aussenwirkung ist auch bei der Prüfung der Verwaltungsaktseigenschaft der Massnahme im Verhältnis zum Dritten von Bedeutung, weil sonst Dritte staatliche Massnahmen anfechten könnten, die ein gleichermassen berührter Adressat nicht anfechten kann, da bei ihm diese Voraussetzung nicht erfüllt ist. Dies ergibt sich auch daraus, dass § 42 II VwGO keinen Unterschied zwischen Adressat und Drittem macht, und für beide Voraussetzung ist, dass ein Verwaltungsakt vorliegt, der sie beeinträchtigt. Für die Klagebefugnis des Dritten kann deshalb nur ein Verwaltungsakt ausreichen, der ihn mit unmittelbarer rechtlicher Aussenwirkung in seinen Rechten beeinträchtigt. Es genügt dagegen nicht das abstrakte Vorliegen eines Verwaltungsakts, der in Richtung auf seine Person keine unmittelbare Rechtswirkung entfaltet.
Bei dem durch eine Aufsichtsverfügung betroffenen Dritten muss dies in besonderem Masse gelten, da ein derartiger Dritter einem Adressaten näher steht als der übliche Dritte. Die mit bindender Wirkung an die Gemeinde erlassene Aufsichtsverfügung ist nur eine Vorstufe für den endgültigen, durch die Gemeinde erlassenen Verwaltungsakt, durch den der bis dahin nur als Dritter betroffene Bürger zum Adressaten wird. Die Voraussetzung der unmittelbaren Aussenwirkung des Verwaltungsakts ist aus Gesichtspunkten des Rechtsschutzes und zur Eindämmung zu weitgehender Klagemöglichkeiten geschaffen und aus diesem Grunde auch für das Verhältnis zu Dritten massgebend. Zur Klagebefugnis Dritter gegenüber Aufsichtsverfügungen ist deshalb erforderlich, dass ein Verwaltungsakt mit unmittelbarer, rechtlicher Aussenwirkung gegenüber dem Dritten vorliegt[1].

---

1) In diesem Sinn: Urt. des BVerwG v. 30.8.1962 a.a.O.; Hans-J. Wolff, VerwR I § 46 V c; Kunze-Schmid S. 821

2) Soweit das erste Kriterium der Unmittelbarkeitswirkung bereits fehlt, nämlich dass der Akt selbst gar nicht rechtserheblich ist, wie z.B. eine Beratung der Gemeinde durch die Aufsichtsbehörde, liegt überhaupt kein Verwaltungsakt vor. Es kann daher hier weder die Gemeinde als Adressat noch ein Dritter dagegen verwaltungsgerichtlich vorgehen. Das zweite Merkmal der Unmittelbarkeitswirkung, dass die rechtliche Wirkung unmittelbar gegenüber einer Person vorliegen muss[1], ist jedoch bei Aufsichtsverfügungen der Beanstandung und Anordnung von besonderer Bedeutung, da sie der Gemeinde gegenüber stets vorliegt, während das bei betroffenen Dritten nicht der Fall ist. Im Verhältnis zu Dritten fehlt das Merkmal der unmittelbaren rechtlichen Aussenwirkung des Verwaltungsakts, da eine endgültige und gegenwärtige Regelung der Rechtsverhältnisse dritter Personen noch nicht erfolgt sein kann, solange der kommunale Umsetzungsakt nicht erlassen ist.
Fehlt die Unmittelbarkeitswirkung in diesem Sinn, taucht die Frage auf, ob die Klagebefugnis des Dritten dadurch generell ausgeschlossen ist, nicht, weil ein Verwaltungsakt überhaupt nicht vorliegen würde - die Gemeinde wird durch einen Verwaltungsakt beeinträchtigt - , sondern weil im Verhältnis zu ihm eine unmittelbare rechtliche Aussenwirkung der Massnahme fehlt.

III) Die Rechtsprechung zur Unmittelbarkeitswirkung

1) Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Urteil vom 30.8.1962[2] zur Rechtsstellung des Dritten gegenüber einer Aufsichtsverfügung ausgeführt, dass nur im Verhältnis zur Gemeinde, nicht auch im Verhältnis zum Dritten ein "anfechtbarer Verwaltungsakt" gegeben sei; denn die Aufsichtsverfügung (dort Anordnung) regle nur das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde und greife nicht unmittelbar in die Rechte des Dritten ein. Sie berühre zwar mittelbar die Rechtsstellung des Klägers, regle diese aber nicht.

---

1) Obermayer a.a.O. S. 72
2) VerwRspr. 15. Bd. (1963) Nr. 153 = Bay VBl 1963, 186

a) Wenn das BVerwG davon spricht, hier liege kein "anfechtbarer Verwaltungsakt" vor, so kann man zweifeln, was damit gemeint ist. Das BVerwG wollte damit wohl kaum eine Unterscheidung in anfechtbare und nicht anfechtbare Verwaltungsakte einführen, denn Verwaltungsakte sind ihrer Rechtsnatur nach generell anfechtbar. Da das Gericht dann aber auf die fehlende Regelung eines Einzelfalls gegenüber dem Dritten und nicht nur auf das Nichtvorliegen einer unmittelbaren Rechtsverletzung abstellt, verneint es damit das Vorliegen eines Verwaltungsakts gegenüber einem durch die Aufsichtsverfügung betroffenen Dritten. Das Gericht steht daher auf dem zu billigenden Standpunkt, dass die rechtliche Natur einer behördlichen Massnahme bei verschiedenen Betroffenen verschieden beurteilt werden kann[1]. Unter Zugrundelegung dieser Ansicht und der im Urteil vom 30.8.1962 angestellten Erwägungen wäre die Aufsichtsverfügung im Verhältnis zur Gemeinde als Verwaltungsakt, im Verhältnis zum Dritten als verwaltungsinterne Massnahme zu charakterisieren. Das erscheint zwar etwas merkwürdig, ist aber die Konsequenz der dargestellten Auffassung.

Die Klagebefugnis Dritter scheitert hier also nach der Rechtsprechung wegen Fehlens eines Verwaltungsakts im Verhältnis zum Bürger. Die Grundsätze über die Klagebefugnis Dritter, die lediglich die Rechtsverletzung betreffen, also die Frage, ob ein rechtlich geschütztes Interesse vorliegt, helfen hier nicht weiter, weil auch sie davon ausgehen, dass die Rechtsbeeinträchtigung durch einen Verwaltungsakt erfolgt, der neben dem Adressaten auch den Dritten berührt. Das ergibt sich aus § 42 II VwGO, der nicht zwischen Adressat und Drittem unterscheidet, der aber verlangt, dass der Kläger durch einen Verwaltungsakt in seinen Rechten beeinträchtigt ist.

2) Das Schrifttum hat sich mit der Rechtsstellung Dritter gegenüber Aufsichtsverfügungen noch nicht in nennenswertem Umfang befasst. § 42 II VwGO geht grundsätzlich davon aus, dass der behördliche Akt, der vom Dritten angefochten wird, auch dem Adressaten gegenüber ein Verwaltungsakt ist, d.h. der Dritte muss von einem Verwaltungsakt betroffen sein, der belastend

---

1) So auch Hans-J. Wolff, VerwR I § 46 V c 4; Kunze-Schmid a.a.O., vgl. auch BVerwG v. 4.4.1961, VerwRspr. Bd. 13, Nr. 271

oder begünstigend gegenüber dem Adressaten erlassen wurde. Als Ausnahme zu dieser Grundsituation könnte man zwar die von Bachof in der Laforet-Festschrift[1] behandelten Fälle ansehen, bei denen die Verwaltungsaktseigenschaft einer Massnahme gegenüber Dritten bejaht wird, obwohl die Massnahme gegenüber dem Adressaten, der nachgeordneten Behörde, nur ein Verwaltungsinternum, eine innerdienstliche Weisung darstellt. Diese Fälle passen jedoch nicht wirklich in den bisher behandelten Zusammenhang, weil diese innerdienstlichen Anordnungen gegenüber nachgeordneten Behörden kein anderes Rechtssubjekt und dessen Rechtsstellung betreffen, soweit die Adressaten zu bestimmten Handlungen angewiesen werden.
Im übrigen ist diese etwas weitreichende, sog. "Umschlagstheorie" Bachofs, die vorwiegend auf praktischen Gesichtspunkten zugunsten eines grosszügigen und für den Betroffenen vereinfachten Rechtsschutzes beruht, mit dem üblichen Begriff des Verwaltungsakts nicht vereinbar und deshalb abzulehnen[2]. Es ist zumindest heute nicht mehr erforderlich, zugunsten eines geeigneten Rechtsschutzes des Bürgers den Verwaltungsaktsbegriff ins nahezu Unbestimmbare auszudehnen, um dem Bürger in fast jedem Fall einer rechtswidrigen, behördlichen Massnahme eine Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage gewähren zu können, denn die gerichtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten der Betroffenen sind nicht auf diese beiden Klagearten, die immer einen Verwaltungsakt voraussetzen, beschränkt. In der Zeit nach 1945 hatten die damals geltenden Verwaltungsgerichtsgesetze die Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen und damit den Verwaltungsakt einseitig zum Mittelpunkt des Rechtsschutzes gemacht, sodass die Verneinung der Verwaltungsaktseigenschaft einer Massnahme praktisch die Verneinung des Rechtsschutzes bedeutete[3]. Das ist spätestens seit Inkrafttreten der VwGO

---

1) S. 308 ff
2) Gl. M. Obermayer, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt S. 127
3) Bachof, Über einige Entwicklungstendenzen im gegenwärtigen, deutschen Verwaltungsrecht, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. II, 1963 S. 3 ff (9); Georg Mörtel, Auswirkung der veränderten Generalklausel auf Verwaltung und Rechtsprechung, in: Wandlungen der rechtsstaatlichen Verwaltung, Schriften der Hochschule Speyer, Bd. 13, 1962 S. 137 ff (150)

vom 21.1.1960[1] nicht mehr der Fall. Der Bürger kann deshalb auch gegen innerdienstliche Akte, die rechtswidrig in seine Rechtsstellung eingreifen, unter bestimmten Voraussetzungen einen mit der Leistungsklage zu verfolgenden Beseitigungsanspruch geltend machen[2].

IV) Gesichtspunkte zur Begründung der Verwaltungsaktseigenschaft gegenüber Dritten

Soweit man der bereits abgelehnten Ansicht folgt, dass die Verwaltungsaktseigenschaft gegenüber mehreren Betroffenen nur einheitlich angenommen werden kann, dass dem Dritten gegenüber ein Verwaltungsakt vorliegt, wenn das gegenüber dem Adressaten der Fall ist, brauchen keine weiteren Erörterungen im Hinblick auf Aufsichtsverfügungen angestellt zu werden, da der Gemeinde gegenüber immer ein Verwaltungsakt vorliegt. Nach dieser Ansicht ist die erste Voraussetzung der Klagebefugnis dann auch beim Dritten erfüllt.
Nach besserer Ansicht ist jedoch zu prüfen, ob die aufsichtsbehördliche Massnahme unmittelbare rechtliche Aussenwirkung auch gegenüber dem Dritten entfaltet. Nur dann ist die erste Klagevoraussetzung des § 42 II VwGO erfüllt.

Die Beantwortung der Frage ist schwierig. Sowohl für als auch gegen die Verwaltungsaktseigenschaft in diesem Sinn sprechen eine Reihe verschiedener Kriterien.
Als Anhaltspunkte und Vergleichsgrundlagen für die Lösung des Problems bieten sich verschiedene Rechtsgebiete an, die eine ähnliche, wenn auch nicht gleiche Grundsituation im Verhältnis zu Drittbetroffenen aufweisen und die in Literatur und Rechtsprechung schon eingehender untersucht worden sind. Dazu zählt einmal die stark umstrittene Frage der Verwaltungsaktseigenschaft der Zustimmungsakte anderer Behörden bei Erlass sog. "mehrstufiger" Verwaltungsakte[3]. Es handelt sich um Verwaltungsakte, die von einer Behörde nur erlassen werden können, wenn eine andere Behörde zustimmt, oder die auf ein

---

1) BGBl I S. 17
2) Vgl. Bettermann, DÖV 1955, 528 ff; Menger, Gedächtnisschrift für W. Jellinek, 1955 S. 347 ff; Ule, Verwaltungsprozessrecht S. 128
3) Zu dieser Bezeichnung vgl. Schuegraf, DVBl 1961, 654; Menger, VerwArch. Bd. 50, 397

bestimmtes Verhalten einer anderen Behörde hin erlassen werden müssen[1]. Zum Vergleich mit der Rechtsstellung Dritter gegenüber Aufsichtsverfügungen eignet sich der Bereich der mehrstufigen Verwaltungsakte deshalb, weil der von einem Zustimmungsakt Betroffene auch Dritter und normalerweise nicht Adressat dieses Aktes ist, denn die Zustimmung ist nicht an den Bürger, sondern an die andere Behörde zu richten, die daraufhin den Verwaltungsakt gegenüber dem Bürger erlässt[2]. Es sind zu der Problematik der Zustimmungsakte eine Reihe von Rechtsfragen erörtert worden, die für den Verwaltungsaktsbegriff allgemeine Bedeutung besitzen und deshalb auch für die ähnliche Rechtslage Dritter gegenüber Aufsichtsverfügungen Beachtung verdienen.
Ein anderes wichtiges Gebiet ist der Bereich der verwaltungsinternen Weisungen vorgesetzter an nachgeordnete Behörden im staatlichen Instanzenzug. Die hierfür geltenden Regeln können möglicherweise in bestimmtem Umfang auch für die Aufsichtsverfügungen Bedeutung besitzen, soweit es um die Rechtsstellung dritter Personen geht.

1) Die Bindungswirkung

a) Aufsichtsverfügungen der Beanstandung und Anordnung sind Verwaltungsakte, die die Gemeinde zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen mit hoheitlicher Gewalt veranlassen. Die Gemeinde ist verpflichtet, diesen Verfügungen nachzukommen. Auch ihr Recht, derartige Verwaltungsakte anzufechten, ändert daran nichts, denn das ist lediglich eine allen Rechtssubjekten zustehende Folge aus Art. 19 Abs. 4 GG, der ihre Rechtssphäre gegen rechtswidrige Verletzung durch Akte hoheitlicher Gewalt schützen will.

---

1) Eyermann-Fröhler, RdNr. 56 zu § 42 VwGO, sprechen von "gebundenen" Verwaltungsakten
2) Ist z.B. für ein Bauvorhaben eines Bürgers im Aussenbereich (§ 35 I BBauG) für die Baugenehmigungsbehörde das Einvernehmen mit der Gemeinde erforderlich (§ 36 BBauG), so wird dieser Zustimmungsakt nicht dem Bürger, sondern der Baugenehmigungsbehörde gegenüber erklärt oder versagt, und erst daraufhin kann diese entsprechend der Zustimmung oder Versagung ihren Bescheid an den Bürger erlassen.

Wenn eine Gemeinde aufgrund der Rechtsaufsicht angewiesen wird, eine Massnahme gegenüber einem Dritten vorzunehmen, wirkt sich infolge dieser Bindungswirkung die Aufsichtsverfügung sehr konkret auf die Rechtslage des Dritten aus, denn die Gemeinde ist verpflichtet, der Aufsichtsverfügung nachzukommen. Es ist deshalb von Bedeutung, ob diese Bindungswirkung die Verwaltungsaktseigenschaft gegenüber dem Dritten begründen kann. Ein beträchtlicher Teil der Literatur und Rechtsprechung sieht in der Bindungswirkung, allerdings in anderem Zusammenhang und teilweise auch noch verbunden mit weiteren Gesichtspunkten, eine Grundlage für die Verwaltungsaktseigenschaft eines Mitwirkungsaktes beim Zusammenwirken mehrerer Behörden[1].

Wenn man gemeinhin von Bindungswirkung spricht, hat man zunächst nicht die bindende Wirkung eines befehlenden Verwaltungsakts, wie hier einer Aufsichtsverfügung gegenüber einer Gemeinde, im Auge, sondern man denkt in erster Linie an die Fälle, bei denen die den Verwaltungsakt dem Bürger gegenüber erlassende Behörde an die Zustimmung, das Einvernehmen oder deren Versagung, oder eine gutachtliche Äusserung einer anderen Behörde gebunden ist[2], und deshalb die Frage nach der selbständigen Anfechtbarkeit und damit nach der Verwaltungsaktseigenschaft des Zustimmungsakts Bedeutung erlangt.

b) Nun ist eine Bindungswirkung nicht auf zwischenbehördliche Zustimmungsakte oder innerdienstliche Anweisungen beschränkt.

---

1) E. Brügelmann (Grauvogel), Bundesbaugesetz vom 23. Juni 1960, Bd. 1 Stuttgart 1963, § 14 VI 3 b dd; Rükert, Bauvorhaben, Baunutzung, Baunachbarrecht, 1962 S. 68; Friauf, DÖV 1961, 666; Schuegraf, Das Rechtsverhältnis zwischen Staat und Gemeinde beim Erlass gemeinsamer Verwaltungsakte, DVBl 1961,654; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit S. 142 ff (insbesondere S. 144); OVG Koblenz, DÖV 1961, 117; VGH BaWü, BaWü VerwBl 1962, 123; VG Stuttgart, BBauBl 1957, 125; vgl. auch OVG Lüneburg, DVBl 1958, 138, das u.a. die Bindungswirkung des Mitwirkungsakts bei § 9 II BFStrG verneint und deshalb ein Internum annimmt.

2) Z.B. § 9 II und III BFStrG; §§ 14 I; 19 IV; 26 I 2; 31; 36 BBauG; §§ 21, 22, 24 BBauG; § 3 VO über die deutsche Staatsangehörigkeit v. 5.2.1934, RGBl I S. 85

Auch Aufsichtsverfügungen besitzen eine solche bindende Wirkung, die sich auf die Rechtsstellung des von der Aufsichtsverfügung berührten Bürgers auswirken kann, wenn eine Gemeinde angewiesen wird, gegenüber dem Bürger einen ihm nachteiligen Verwaltungsakt zu erlassen.
Diese Bindungswirkung des aufsichtsbehördlichen Befehls geht sogar in ihrer Wirkung wesentlich weiter als diejenige eines Zustimmungsakts, da die Gemeinde dem aufsichtsbehördlichen Befehl insoweit nachkommen muss, als dieser eine bestimmte Sachlage regelt, während bei Zustimmungsakten die erlassende Behörde den vom Bürger beantragten Verwaltungsakt bei vorhandener Zustimmung der anderen Behörde nicht erlassen muss, sondern den Antrag trotzdem aufgrund eigener Erwägungen ablehnen kann. Sie ist regelmässig nur insoweit gebunden, als die erforderliche Zustimmung versagt wird, denn dann darf sie den gewünschten Verwaltungsakt nicht erlassen[1]. Folgt man der Ansicht, die bei Vorhandensein einer Bindungswirkung den zwischenbehördlichen Mitwirkungsakt der nicht unmittelbar gegenüber dem Bürger tätig werdenden Behörde als Verwaltungsakt ansieht, so könnte auch die Aufsichtsverfügung infolge der strengen Bindung der Gemeinde an den aufsichtsbehördlichen Befehl dem betroffenen Brüger gegenüber ein Verwaltungsakt sein.
Die Lösung dieser Frage hängt davon ab, ob die Bindungswirkung überhaupt ein geeignetes Kriterium ist, die Verwaltungsaktseigenschaft zu begründen. Das erscheint zweifelhaft und muss deshalb eingehender untersucht werden.

c) Die Bindungswirkung für sich allein dürfte kaum ausreichen, um die Grundlage für die Verwaltungsaktseigenschaft einer Aufsichtsverfügung gegenüber Dritten zu bilden.
Grundsätzliche Voraussetzung eines jeden Verwaltungsakts ist die hoheitliche Regelung eines Einzelfalls gegenüber einer gewaltunterworfenen Person[2]. Die Bindungswirkung kann mög-

---

1) Friauf, DÖV 1961, 666 (669/670); vgl. zur Bindungswirkung bei Zustimmungsakten ferner: Heinze, VerwArch 1961, 159; Ernst A. Marschall, BFernStrG, Köln/Berlin/Bonn/München 1963 S. 370
2) Schunck-De Clerck, Anm. 2 a aa und bb zu § 42 VwGO, Obermayer a.a.O. S. 82; Ule, Verwaltungsprozessrecht S. 111

licherweise dann zu einem selbständig anfechtbaren Verwaltungsakt führen, wenn infolge der bindenden Wirkung des behördlichen Mitwirkungsakts gegenüber der den Verwaltungsakt erlassenden Behörde die Regelung des Einzelfalls nicht nur durch die erlassende Behörde, sondern durch die Zustimmungsbehörde erfolgt. Es geht also um die Frage, ob in dem Mitwirkungsakt und der Aufsichtsverfügung bereits eine Regelung eines Einzelfalls gegenüber dem Bürger gesehen werden kann.

Die Bindungswirkung von Mitwirkungsakten anderer Behörden stellt die wesentliche Grundlage für die Möglichkeit des Vorliegens eines Verwaltungsakts dar, da ohne sie der Mitwirkungsakt oder dessen Versagung rechtlich überhaupt nicht verbindlich wäre. Es würde dann an der verbindlichen Regelung eines Einzelfalls fehlen. Alle Ansichten, die bei Zustimmungs- und Mitwirkungsakten die Verwaltungsaktseigenschaft dieser Akte bejahen, gehen deshalb ausdrücklich oder stillschweigend von der bindenden Wirkung des Mitwirkungsakts gegenüber der den Verwaltungsakt erlassenden Behörde aus[1].
Es wird nun z.T. die Ansicht vertreten, dass bereits aufgrund dieser Bindungswirkung des Akts der Mitwirkungsbehörde die Regelung eines Einzelfalls nach den Vorschriften des

---

1) Statt vieler: OVG Rh-Pf, DÖV 1961, 117; OVG Münster, BBauBl 1962, 492; BaWü VGH v. 11.4.1962, BaWü VBl 1962, 123 f; Bay VGH VkBl 1957, 60 (= Teilverwaltungsakt); OVG Hamburg, MDR 59, 522; Böhm, Die Bauverwaltung, 1958 S. 400; ders. DÖV 1958, 72; Brügelmann (Grauvogel) § 14 V 3 b dd; Clasen, Die Rechtslage bei ungenehmigten Bauten, NJW 1959, 752; Rükert a.a.O. S. 68; ders. DVBl 1964, 173; Friauf, DÖV 1961, 666; Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721; Jung, NJW 1962, 617 (620); Menger, VerwArch. 1959, 397 und 1962, 77; Nedden, DÖV 1959, 525; Obermayer, DVBl 1958, 140; Oehm, Blatt für Grundstücks-, Bau- und Wohnungsrecht, 1961, 340; Pietzonka, NJW 1961, 1425; Schuegraf, DVBl 1961, 654; Stich, DVBl 1963, 193; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit S. 142 ff

öffentlichen Rechts gegeben und damit die Verwaltungsaktseigenschaft des Mitwirkungsakts anzunehmen sei. Dieser Ansicht ist insbesondere Ule in seinem Kommentar zur VwGO[1], der in allen Fällen, in denen der Mitwirkungsakt für die den Verwaltungsakt nach aussen erlassende Behörde bindend ist, die Verwaltungsaktseigenschaft der Mitwirkungsakte bejaht[2] und damit die Verwaltungsaktseigenschaft allem Anschein nach allein auf diese Bindungswirkung stützt. Die Bindungswirkung ist sicherlich notwendige Voraussetzung für eine Verwaltungsaktsqualität von Mitwirkungsakten, da sonst jede verbindliche Regelung fehlen würde, aber das einzig entscheidende Kriterium kann sie nicht sein. Sonst wäre jede innerdienstliche Weisung einer vorgesetzten an eine nachgeordnete Behörde dann als Verwaltungsakt anzusehen, wenn die untere Behörde bindend angewiesen wird, gegenüber einem Bürger einen Verwaltungsakt zu erlassen. Dass derartige Vorgänge der Willensbildung der öffentlichen Verwaltung keine Verwaltungsakte sind, ist bis heute allgemein anerkannt[3].
Auf die bindende Wirkung des Mitwirkungsaktes allein kann deshalb die Verwaltungsaktseigenschaft nicht gestützt werden. Es müssen noch weitere Umstände hinzukommen, die die rechtliche Regelung eines Einzelfalls auch bei der mitwirkenden Behörde erkennen lassen.

d) Da die Bindungswirkung bei Zustimmungs- und Mitwirkungsakten kein ausreichendes Kriterium zur Begründung der Verwaltungsaktseigenschaft ist, kann auch bei der Aufsichtsverfügung die bindende Wirkung gegenüber der Gemeinde nicht als ausreichende Voraussetzung dafür angesehen werden, dass im Verhältnis zum Bürger bereits in der Aufsichtsverfügung eine rechtliche Regelung eines Einzelfalls liegt. Zwar besteht eine gewisse Ähnlichkeit mit den Zustimmungs- und Mitwirkungsakten anderer Behörden, da in der Aufsichtsverfügung der Gemeinde nicht alles bis in die letzte Einzelheit vorgeschrieben wird, sondern das, was nicht unbedingt durch die Rechtsauf-

---

1) Verwaltungsgerichtsbarkeit S. 142 ff, insbesondere S. 144
2) Gleichfalls Böhm, DÖV 1958, 72 (74); a.A. Heinze, VerwArch. Bd. 52 (1961) S. 276
3) Eyermann-Fröhler, RdNr. 53 zu § 42 VwGO; Schunck-De Clerck, Anm. 2 a ii zu § 42 VwGO; Klinger § 42 E I 3 a; Bachof, Laforet-Festschrift 285 ff

sichtsbehörde geregelt werden muss, der Gemeinde überlassen bleibt. Grossenteils sind Aufsichtsverfügungen auch allgemein gehalten und betreffen eine Vielzahl einzelner Sachverhalte und nicht einzeln genannte Bürger. Trotz dieser Bereiche, in denen die Gemeinde bei Ausführung der Aufsichtsverfügung noch selbständig entscheiden kann und die deshalb eine Ähnlichkeit mit den Zustimmungsakten begründen, steht die Rechtslage bei Aufsichtsverfügungen doch grundsätzlich derjenigen bei innerdienstlichen Weisungen wesentlich näher - allerdings beschränkt auf den Bereich der Rechtsaufsicht - als den sog. mehrstufigen Verwaltungsakten, wo mehrere Behörden zum Erlass eines Verwaltungsakts zusammenwirken. Das Tätigwerden der Rechtsaufsichtsbehörde dient der Überwachung der Gemeinde, nicht dem Erlass von Verwaltungsakten durch die Gemeinde gegenüber dem Bürger. Deshalb kommen hier schon generell eher die Voraussetzungen in Betracht, die für ein Verwaltungsinternum im Verhältnis zum Dritten sprechen, denn auch die Kommunalaufsicht über die Gemeinden ist eine Art Instanzenzug, allerdings beschränkt auf den Bereich der Rechtsaufsicht.

Der staatliche Instanzenzug wird im wesentlichen ebenfalls nur durch ein Aufsichtsverhältnis mit Weisungsrechten der oberen über die nachgeordneten Behörden charakterisiert. Dieses Aufsichtsverhältnis beschränkt sich bei der Kommunalaufsicht auf den erheblich engeren Bereich der Rechtsaufsicht, wobei die Weisungsmöglichkeiten in Form der Aufsichtsverfügungen gesetzlich umschrieben sind, um das Selbstverwaltungsrecht nicht unnötig zu verletzen und einzuschränken.
Aus diesen Gründen stehen die Aufsichtsverfügungen im Hinblick auf dadurch betroffene Dritte den innerdienstlichen Weisungen näher als etwa den mehrstufigen Verwaltungsakten. Die Kommunalaufsicht ist nicht darauf gerichtet, ein Zusammenwirken verschiedener Behörden zum Erlass eines beantragten Verwaltungsakts gegenüber dem Bürger zu erreichen, sondern will die Rechtmässigkeit der Gemeindeverwaltung sichern. Da bei innerdienstlichen Massnahmen die bindende Wirkung einer Weisung aber grundsätzlich keine rechtliche Bedeutung gegen Aussenbehörden besitzt, kann auch dort auf die Bindungswirkung allein die Verwaltungsaktseigenschaft nicht gestützt werden. Sie bleibt

aber die Grundlage für alle weiteren Erörterungen, da ohne sie eine rechtliche Regelung eines Einzelfalls und damit ein Verwaltungsakt nicht denkbar ist.

2) Der Grundsatz der Verantwortlichkeit

a) Da die Bindungswirkung zur Bejahung der Verwaltungsaktseigenschaft für sich allein nicht ausreichen kann, werden in Literatur und Rechtsprechung weitere Kriterien zur Begründung der Verwaltungsaktseigenschaft des Mitwirkungsaktes herangezogen. Dazu zählt unter anderem der Gedanke, dass jede Behörde für den Erlass ihrer Entscheidung auch die Verantwortung tragen müsse[1]. Eine Behörde könne vor allem vor Gericht einen Verwaltungsakt nur dann vertreten und verantworten, wenn sie über seinen Erlass und Inhalt auch intern selbständig entscheiden könne, denn eine eigenverantwortliche Entscheidung der Zustimmungsbehörde könne die erlassende Behörde nicht überprüfen und übergehen.

Die Streitfrage ist ebenfalls bei den Problemen um die Verwaltungsaktsqualität der Zustimmungsakte anderer Behörden gegenüber der erlassenden Behörde aufgetreten[2]. Wäre der Gedanke der Verantwortlichkeit geeignet, bei Zustimmungsakten die Verwaltungsaktseigenschaft zu begründen, so ist es naheliegend, zu überprüfen, ob dieser Grundsatz auch auf Akte der Aufsichtsbehörden gegenüber den Gemeinden im Hinblick auf die Rechtslage Dritter angewendet werden kann, wenn eine Gemeinde angewiesen wird, gegenüber dem Bürger einen belastenden Verwaltungsakt zu erlassen oder einen begünstigenden Verwaltungsakt zurückzunehmen. Infolge der Bindungswirkung der Aufsichtsverfügung wäre die Aufsichtsbehörde letztlich für den dem Bürger nachteiligen Verwaltungsakt verantwortlich.

b) Bei der Begriffsbestimmung des Verwaltungsakts ist bisher von der überwiegenden Meinung in dem Grundsatz der Verantwortlichkeit kein tragender Gesichtspunkt gesehen worden. Das ist

---

1) Jung, NJW 1962, 617 (620); Schuegraf, NJW 1966, 177 ff (180); OVG Lüneburg, DVBl 1958, 138: Träger der Verantwortung bleibe die erlassende Behörde; OVG Hamburg v. 28.8.1958, 511; der Gedanke klingt auch bei Obermayer an, DVBl 1958, 140 (141); ablehnend Heinze a.a.O. S. 276

2) Vor allem bei § 9 II, III BFStrG

berechtigt, denn der Verwaltungsakt ist eine Zweckschöpfung[1] der Verwaltungsrechtswissenschaft, um einen bestmöglichen, aber auch sachgerechten Rechtsschutz der der Hoheitsgewalt unterworfenen Bürger zu erreichen. Die Bestimmung einer Massnahme als Verwaltungsakt erfolgt regelmässig unter dem Gesichtspunkt, ob gegen sie Rechtsschutz durch Anfechtungs- und Verpflichtungsklage zu gewähren ist[2]. Das Bundesverwaltungsgericht[3] hat ausdrücklich hervorgehoben: "Der Begriff des Verwaltungsakts ist eine Zweckschöpfung .... Für die Zweckbestimmung des Begriffs des Verwaltungsakts im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist das Rechtsschutzbedürfnis des Bürgers wesentlich".

Sinn und Inhalt des Verwaltungsaktsbegriffs ist es nie gewesen, die letztlich entscheidende Behörde zur Verantwortung zu ziehen. Bedeutungsvoll ist der Grundsatz der Verantwortlichkeit im Zivilrecht, etwa bei der Haftung für unerlaubte Handlungen, im Strafrecht, wo es darum geht, ob dem Täter eine bestimmte Handlung auch zugerechnet werden kann. Die Massregelung eines psychologischen Verschuldens oder die Sanktionierung der Verantwortlichkeit einer bestimmten Behörde ist nicht Sinn und Gegenstand des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, sondern die objektive Rechtskontrolle und der Rechtsschutz des Bürgers vor der hoheitlichen Gewalt. Das setzt voraus, dass der Bürger gegen die Behörde, die den Akt formell erlassen hat, vorgehen kann[4].

Welche Behörden sonst noch mitgewirkt haben und welche Behörde letztlich die Verantwortung trifft, darf nicht als massgebend herangezogen werden, weil der Bürger nur unter grössten Schwierigkeiten, regelmässig jedoch überhaupt nicht die Möglichkeit besitzt, in die zwischenbehördlichen Beziehungen und die internen Verhältnisse der Verwaltung Einblick zu erhalten.

---

1) Forsthoff S. 193
2) Bachof a.a.O. S. 308 ff; Maunz-Dürig, RdNr. 24 (cc) zu Art. 19 IV; Menger, VerwArch. Bd. 51 (1960) S. 376; Obermayer, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt S. 42 ff; anders aber O. Mayer, Dt. VerwR Bd. I, 1924, S. 93
3) Urt. v. 3.5.1956, E 3, 258 (262)
4) Vgl. auch Heinze a.a.O. S. 277

Aufgrund dieser Tatsachen hat der Grundsatz der Verantwortlichkeit nur zweitrangige Bedeutung, ist aber kein tragender Gesichtspunkt für die Bestimmung der Handlung einer mitwirkenden Behörde als Verwaltungsakt. Aus Gründen des Rechtsschutzes bedarf es keiner Einstufung der Mitwirkungsakte als Verwaltungsakte, denn sämtliche Meinungen zur Verwaltungsaktsqualität von Mitwirkungsakten, die heute noch vertreten werden, stimmen darin überein, dass der Mitwirkungsakt der anderen Behörde bei Anfechtung des Aktes der erlassenden Behörde gleichfalls auf seine Rechtmässigkeit hin überprüft werden kann[1], sodass eine Anfechtungsklage begründet ist, wenn der ergangene Verwaltungsakt auf einem rechtswidrigen, bindenden Mitwirkungsakt einer anderen Behörde beruht.

Da für den Rechtsschutz des Bürgers der Grundsatz der Verantwortlichkeit nur eine untergeordnete Rolle spielt und da er ausserdem nicht zu den regelmässigen Merkmalen des Verwaltungsaktsbegriffs gehört, kann er auch nicht als Element der Bindungswirkung die Verwaltungsaktseigenschaft begründen[2].
Zu den Gesichtspunkten, die für die Verwaltungsaktseigenschaft einer Aufsichtsverfügung im Verhältnis zu Dritten sprechen, könnte aber die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde zu Massnahmen der Kommunalaufsicht gerechnet werden, soweit im Rahmen dieser Zuständigkeit erlassene Massnahmen Dritte betreffen.

3) Die Zuständigkeit:

a) Die unmittelbare rechtliche Aussenwirkung und damit die Verwaltungsaktseigenschaft eines Mitwirkungsaktes wird teilweise auch aus der Zuständigkeit der Mitwirkungsbehörde zur verbindlichen Regelung bestimmter Sachgebiete des Verwaltungsbereichs abgeleitet[3].

---

1) Urt. des BVerwG v. 28.5.1963, MDR 1963, 953; Friauf, DÖV 1961, 666 (671)
2) Gl. M. Heinze a.a.O.
3) Friauf, DÖV 1961, 666; Jung, NJW 1962, 617; Brügelmann (Grauvogel) § 14 VI 3 b aa; Pietzonka, NJW 1961, 1425; Schuegraf, NJW 66, 177 ff (180) für das Einvernehmen der Gemeinde nach dem BBauG, OVG Hamburg v. 28.8.1958, MDR 1959, 522; ablehnend Heinze a.a.O. S. 279

In diesem Sinn führt das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 10.7.1958[1] aus: "hat das Mitwirkungsrecht derart selbständige Bedeutung, dass der Behörde, der das Widerspruchsrecht eingeräumt ist, die ausschliessliche Wahrnehmung bestimmter Aufgaben und die alleinige Geltendmachung besonderer Gesichtspunkte übertragen ist, so mag sich auch die Entscheidung der mitwirkungsberechtigten Behörde als selbständig anfechtbarer Verwaltungsakt darstellen".
Auch wenn man dieser Ansicht[2] folgt, wäre sie nicht geeignet, die Verwaltungsaktseigenschaft bei Aufsichtsverfügungen der Beanstandung und Anordnung im Verhältnis zu Dritten zu begründen. Derartige Aufsichtsverfügungen unterscheiden sich wesentlich von Mitwirkungsakten, bei denen die durch Verwaltungsakt nach aussen zu regelnde Materie in verschiedene Sachgebiete aufgeteilt ist, über die verschiedene Behörden ausschliesslich und selbständig entscheiden. Das Verhältnis der Aufsichtsbehörde zur Gemeinde entspricht dem Verhältnis einer vorgesetzten Behörde zu einer nachgeordneten Behörde im staatlichen Instanzenzug, jedoch mit der wesentlichen Einschränkung, dass die Überwachung durch die höhere Behörde auf eine Rechtskontrolle mit gesetzlich vorgeschriebenen Aufsichtsmitteln beschränkt ist. Die Aufsichtsbehörde, die die Akte der Gemeinde überwacht, hat keine ausschliessliche oder selbständige Zuständigkeit zur Regelung bestimmter Sachgebiete im Zusammenwirken mit der Gemeinde, sondern ist im Rahmen der Kommunalaufsicht nur berechtigt, die Handlungen der Gemeinde zu überprüfen und bei ihrer Rechtswidrigkeit Aufhebung oder Abänderung zu verlangen. Sie hat für die von der Gemeinde gegenüber dem Dritten zu regelnde Materie auch kein Selbsteintrittsrecht, soweit Massnahmen der Beanstandung oder Anordnung aus Gründen der Gesetzmässigkeitsaufsicht in Frage kommen[3].

---

1) NJW 1959, 590 = DÖV 1959, 61 = BayVBl 1959, 88
2) Die das BVerwG heute nicht mehr weiterverfolgt, vgl. vor allem BVerwG v. 19.11.1965, NJW 66, 513; a.A. Schuegraf, NJW 66, 177 (180), ferner Urt. v. 16.7.1965 (IV C 30/65), NJW 65, 2266; BVerwGE 18, 333, dazu Bachof, JZ 1966 S. 97 und BVerwG vom 28.5.1963, NJW 63, 2088 = MDR 1963, 981 = DVBl 1963, 815
3) Daran wird auch nichts durch das Recht auf Ersatzvornahme geändert, diese ist nur ein Vollstreckungsakt wegen Nichtbefolgung der vorausgegangenen Anordnung

Von einer Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde zur Regelung bestimmter Sachgebiete mit bindender Wirkung nach aussen kann deshalb keine Rede sein. Die Zuständigkeit der Kommunalaufsichtsbehörde beschränkt sich auf die Überwachung der Gemeinde. Die Auswirkungen evtl. Massnahmen der Aufsichtsbehörde gegenüber der Gemeinde, die dem Bürger Nachteile bringen, sind deshalb für ihn rein faktisch und keine rechtliche Regelung eines Aussenverhältnisses. Eine Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde kann deshalb die Verwaltungsaktseigenschaft im Verhältnis zum Bürger nicht begründen.

b) In diesen Zusammenhang gehören auch die umstrittenen Fragen zu den sogenannten Teilverwaltungsakten, Verwaltungsakten mit Doppelwirkung und Verwaltungsakten mit Drittwirkung.

aa) Der Teilverwaltungsakt

Der Begriff des Teilverwaltungsakts kann die Fragestellung, ob eine Aufsichtsverfügung im Verhältnis zum Dritten ein Verwaltungsakt ist, kaum voranbringen, denn auch ein Teilverwaltungsakt setzt voraus, dass die Erfordernisse eines Verwaltungsakts gegeben sind. Ein Gesamtverwaltungsakt, bestehend aus zwei Teilverwaltungsakten, der Aufsichtsverfügung und der daraufhin ergehenden Verfügung der Gemeinde gegenüber dem Dritten, kann im Verhältnis zum Dritten nicht angenommen werden, weil es sich bei der Aufsichtsverfügung gegenüber der Gemeinde um eine Weisung handelt, die der Rechtmässigkeit des kommunalen Handelns dient, nicht aber um eine Massnahme, die im Zusammenwirken mit der Gemeinde die Rechtstellung des Dritten regeln soll. Für diese Regelung ist allein die Gemeinde, nicht die Rechtsaufsichtsbehörde zuständig. Die Aufsichtsbehörde regelt also im Wege der Beanstandung oder Anordnung keinen Teilbereich bestimmter kommunaler Aufgaben mit ausschliesslicher Wirkung im Aussenverhältnis gegenüber dem Bürger, sodass die dann unmittelbar den Verwaltungsakt erlassende Gemeinde hinsichtlich dieses von der Aufsichtsbehörde geregelten Teilbereichs nur formell tätig werden könnte, und dass die Rechtsanwendung hinsichtlich dieses Bereichs allein der Aufsichtsbehörde vorbehalten wäre. Die öffentlichen Aufgaben

stehen in Selbstverwaltungsangelegenheiten ungeteilt[1] der Gemeinde zu, die Kommunalaufsichtsbehörde hat hierbei kein Mitwirkungs-, sondern ein Überwachungsrecht, das sich im Bereich der Kommunalaufsicht lediglich auf die Rechtmässigkeit der kommunalen Massnahmen bezieht. Das gilt selbst für die Genehmigungsvorbehalte, soweit man in ihnen echte Massnahmen der Kommunalaufsicht und nicht solche der Sonderaufsicht sieht, denn dann sind sie auf eine reine Rechtskontrolle beschränkt.

Die Annahme eines Gesamtverwaltungsakts, bei dem lediglich der Gesamtverwaltungsakt, nicht dagegen die Teilverwaltungsakte selbständig anfechtbar sein sollen, wie das der bay. VGH[2] verschiedentlich vertreten hat, ist im Hinblick auf Aufsichtsverfügungen erst recht ohne praktischen Wert, da die Aufsichtsverfügung bei Anfechtung des kommunalen Aktes überprüft werden kann, ohne dass es darauf ankäme, ob sie im Verhältnis zum Bürger ein Verwaltungsakt ist oder nicht. Von Bedeutung ist nur die Frage nach der selbständigen Anfechtbarkeit der Aufsichtsverfügung durch den Bürger.
Infolge des Aufsichtsverhältnisses über die Gemeinden, das der Aufsichtsbehörde keine Zuständigkeit zur Regelung der Rechtsverhältnisse des Bürgers gemeinsam mit der Gemeinde gewährt, sondern nur der Rechtskontrolle der kommunalen Massnahmen dient, können die Fragen hinsichtlich der Teil- bzw. der Gesamtverwaltungsakte nicht weiterführen.
Es bleibt zu prüfen, ob die Regeln über Verwaltungsakte mit Doppelwirkung oder mit Drittwirkung die Problematik einer Lösung näher bringen.

bb) Verwaltungsakte mit Doppelwirkung - auch als januskopf artige Verwaltungsakte bezeichnet - werden im allgemeinen die Verwaltungsakte genannt, die für einen oder mehrere Beteiligte begünstigend und zugleich für andere Beteiligte

---

1) Soweit nicht durch ausdrückliche gesetzliche Vorschrift etwas anderes bestimmt ist, dann handelt es sich aber insoweit nicht mehr um Selbstverwaltung
2) VkBl 1957, 60; 56, 513 (314); auch VG Berlin, JR 1954, 433 (434)

belastend wirken[1]. Abgesehen von dieser allgemeinen Charakterisierung ist der Begriff umstritten. So geht Dörffler[2] davon aus, dass das Zusammentreffen von Belastung und Begünstigung vom Regelungsgegenstand her gesehen notwendiger und gewollter Inhalt des Hoheitsaktes sei. Es würden Rechtsbeziehungen geregelt, die nicht nur zwischen der Behörde und dem Begünstigten, sondern auch zwischen ihr und dem Belasteten bestehen. Er folgert daraus, dass der Belastete deshalb nicht "Dritter", sondern Beteiligter sei, weil der Verwaltungsakt auch an ihn "gerichtet" und er dadurch "Adressat" des Verwaltungsaktes sei. Im Gegensatz dazu sieht Fromm[3] Verwaltungsakte mit Doppelwirkung dann als gegeben an, wenn ein begünstigender Verwaltungsakt vorliegt, dem gegenüber ein anderer eine Klagebefugnis besitzt.

Wäre die Aufsichtsverfügung als Verwaltungsakt mit Doppelwirkung zu charakterisieren, der voraussetzt, dass nach der gesetzlichen Regelung Rechtsverhältnisse nicht nur zwischen der Verwaltung und dem Begünstigten, sondern auch dem Belasteten geregelt werden, so wäre die Verwaltungsaktseigenschaft im Verhältnis zu einem von der Aufsichtsverfügung Betroffenen zu bejahen.

Als gemeinsames Merkmal für den Begriff des Verwaltungsakts mit Doppelwirkung verlangen jedoch nahezu alle heute vertretenen Meinungen, dass der Verwaltungsakt dem einen Teil gegenüber begünstigend sein muss. Daran fehlt es aber bei Aufsichtsverfügungen der Beanstandung undAnordnung, denn sie sind der Gemeinde gegenüber immer belastende Verwaltungsakte, da sie in ihr Selbstverwaltungsrecht eingreifen und sie zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen anhalten. Damit scheidet die Möglichkeit, in der Aufsichtsverfügung einen Verwaltungsakt mit Doppelwirkung zu sehen, aus.

---

1) OVG Rh-Pf., Beschl. v. 18.10.1953, AS 1,400 (402); OVG Lüneburg, Urt. v. 13.10.1958, AS 13,492 (493); Gelzer, NJW 1958, 325; Gerhard Schäfer, Der Widerruf begünstigender Verwaltungsakte, Marburg 1960, S. 60 ff; Walter Scheerbarth, Das allgemeine Bauordnungsrecht, Köln 1962 S. 243; Haueisen, DVBl 1962, 547; ders. DVBl 1964, 710 (717)

2) NJW 1963, 14 ff

3) VerwArch 1965 S. 28

cc) Sofern im Verhältnis zum Bürger also überhaupt ein Verwaltungsakt vorliegt, kann es sich nur um einen Verwaltungsakt mit Drittwirkung handeln und zwar um einen belastenden Verwaltungsakt mit Drittwirkung. Ein typisches Beispiel für belastende Verwaltungsakte mit Drittwirkung ist der bereits vom PrOVG[1] entschiedene Fall einer polizeilichen Verfügung, die einem Gastwirt die Aufnahme eines angeblichen Trunkenbolds untersagt. Adressat der Verfügung ist der Gastwirt, betroffen ist jedoch ebenfalls der angebliche Trunkenbold, der keine Getränke mehr erhalten soll. Der Begriff des Verwaltungsakts mit Drittwirkung besagt aber für die Lösung des Problems, ob im Verhältnis zum Dritten ein Verwaltungsakt vorliegt, nichts. Im Gegenteil, dieser Begriff setzt eine solche Wirkung eines Verwaltungsakts im Verhältnis zum Dritten voraus. Nicht die Verwaltungsaktseigenschaft ist hier zweifelhaft, sondern die Frage, ob der Dritte in seinen Rechten verletzt sein kann. Nur um diese Frage geht es beim Verwaltungsakt mit Drittwirkung. Da es hier jedoch nicht um die Frage der Rechtsbeeinträchtigung geht, sondern darum, ob im Verhältnis zum Dritten überhaupt ein Verwaltungsakt vorliegt, kann der Begriff der Drittwirkung zur Lösung der Problematik bei Beanstandungs- und Anordnungsverfügungen nicht beitragen.

V) Gegen die Verwaltungsaktseigenschaft sprechende Gesichtspunkte

Keiner der bisher erörterten Gesichtspunkte hat die Verwaltungsaktseigenschaft der Beanstandungs- und Anordnungsverfügungen gegenüber Dritten begründen können. Es konnte lediglich festgestellt werden, dass dann, wenn sie dem Dritten gegenüber Verwaltungsakte sind, diese begrifflich gesehen belastende Verwaltungsakte mit Drittwirkung darstellen. Für den sachlichen Gehalt der Massnahmen ist damit allerdings nichts gewonnen. Nun gibt es aber auch einzelne Gesichtspunkte, die in Literatur und Rechtsprechung zuweilen gegen die Verwaltungsaktseigenschaft eines Mitwirkungsaktes einer anderen Behörde ins Feld geführt werden. Wenn diese Kriterien wirklich

1) Urt. v. 9.5.1876, E 1, 327

geeignet sind, die Verwaltungsaktseigenschaft eines Mitwirkungsaktes auszuschliessen, dann könnte daran auch die Verwaltungsaktseigenschaft einer aufsichtsbehördlichen Beanstandungs- oder Anordnungsmassnahme gegenüber Dritten scheitern.

Nach einer in Literatur und Rechtsprechung häufig vertretenen Auffassung stellen Mitwirkungsakte anderer Behörden beim Erlass von Verwaltungsakten keine selbständig anfechtbaren Verwaltungsakte, sondern reine Verwaltungsinterna dar[1]. Soweit man darunter auch innerdienstliche Weisungen und Anordnungen einer im Instanzenzug übergeordneten Behörde an nachgeordnete Behörden versteht, ist das für diese im Regelfall anerkannt[2]. Soweit die Mitwirkungsakte jedoch Zustimmungsakte sind, ist die Frage bis heute heftig umstritten. Eine allgemeine Charakterisierung aller Mitwirkungsakte ist kaum möglich, es bedarf vielmehr einer genauen Überprüfung der gesetzlichen Regelung im Einzelfall, die immer wieder andere Variationen aufweist. Trotzdem scheinen einige dieser Gesichtspunkte, die gegen die Verwaltungsaktseigenschaft sprechen sollen, so bedeutungsvoll zu sein, dass sie möglicherweise auch die Verwaltungsaktseigenschaft einer Aufsichtsverfügung im Verhältnis zu Dritten ausschliessen können[3].

---

1) Angres, DÖV 1958, 75; Czermak, NJW 1963, 703; Dietz, BaWü VBl 1961, 68 ff; Eyermann-Fröhler, RdNr. 56 zu § 42 VwGO, insbesondere RdNr. 56 e; Groebe, DVBl 1959, 757 ff; Heinze, DÖV 1962, 836; ders. VerwArch. Bd. 52, 159 ff, 275 ff; Klinger § 42 E I 3 b; Kienapfel, DÖV 1963, 96; Kratzer, Bay VBl 1958, 74 und 1959, 90; Marschall, BFStrG S. 374 ff; Pietzonka, NJW 1961, 1425; Reiter, Bay VBl 1959, 247; Schrödter, DVBl 1962, 746; Schuegraf, NJW 1966, 177 ff (mit bestimmten Ausnahmen); Stecher, DÖV 1960, 374; OVG Lüneburg, DVBl 1958, 138; VG Frankfurt, BBauBl 1958, 141; VG Münster, DVBl 1962, 341; grundsätzlich unentschieden BVerwG, Urt. v. 10.7.1958, DÖV 1959, 61 = NJW 1959, 590 = BayVBl 1959, 88 mit Anm. von Kratzer; aber Urt. des BVerwG v. 28.5.1963, DVBl 1963, 815 = MDR 1963, 981 = NJW 1963, 2089, wo in den Gründen hinsichtlich der Zustimmung nach § 9 II BFStrG von einem "verwaltungsinternen Vorgang" gesprochen wird. Ausdrücklich heute BVerwG v. 19.11.1965, NJW 66, 513, ferner Urt. v. 16.7.65, NJW 65, 2266; BVerwGE 18, 333, dazu Bachof, JZ 1966, 97; BVerwG vom 28.5.1963, NJW 63, 2088

2) Ausnahmen lassen zu: Bachof, Laforet-Festschrift S. 308 ff; Menger, System S. 111; BGH v. 10.3.1958, DVBl 1958, 868

3) Allerdings nur unter Berücksichtigung der Abweichungen bei Aufsichtsverfügungen

1) Die Kundmachungsfunktion

a) Die Ablehnung der Verwaltungsaktseigenschaft eines Mitwirkungsaktes wird zum Teil[1] damit begründet, dass die Mitwirkungsakte der Zustimmungsbehörde nur der Genehmigungsbehörde gegenüber getroffen werden, dadurch im internen Bereich der Verwaltung verbleiben und der Bürger allenfalls mittelbar, soweit sie im Bescheid der erlassenden Behörde erwähnt seien, von ihnen Kenntnis erlange. Damit fehle es an dem für einen Verwaltungsakt wesentlichen Grundsatz der Kundgabefunktion, denn die Sicherheit des Rechtsverkehrs zwischen Bürger und Staat erfordere es, dass nicht der Vorgang der Willensbildung innerhalb der staatlichen Organisation, sondern die Bekundung und Erklärung des Willensentschlusses durch die aufgrund der gesetzlichen Zuständigkeitsregelung verantwortliche Behörde als Verwaltungsakt angesehen wird[2].

b) Das Bundesverwaltungsgericht[3] sieht in der Zustimmung nach § 9 Abs. 2 BFStrG u.a. deshalb einen verwaltungsinternen Vorgang, weil das Gesetz nicht verlange, dass der Bauherr neben seinem Bauantrag einen weiteren Antrag bei der Zustimmungsbehörde stellen, noch ihm die Zustimmung oder Versagung besonders eröffnet werden müsse. Es sieht deshalb eine unmittelbare Rechtswirkung nach aussen wegen der in den jeweiligen Gesetzen nicht vorgesehenen und deshalb fehlenden Kundmachung gegenüber dem Betroffenen nicht als gegeben an und verneint damit die Verwaltungsaktseigenschaft[4].

c) Soweit die angeführten Auffassungen die Verwaltungsaktsqualität eines Mitwirkungsaktes an der fehlenden Kundgabe gegenüber dem Betroffenen scheitern lassen wollen, befriedigt ihre Argumentation nicht. Ist für einen Verwaltungsakt keine besondere Form vorgeschrieben, so genügt jede formlose Be-

---

1) Insbesondere Groebe a.a.O. S. 759; OVG Berlin, DVBl 1959, 514 (517); auch Kratzer, BayVBl 1958, 74 (75) und 1959, 9o
2) OVG Berlin a.a.O. S. 515 zu § 58 I Berliner Richtergesetz v. 9.1.1961 (VOBl I S. 235)
3) Urt. v. 28.5.1963, DVBl 1963, 815 (817)
4) Gl.M. Redeker v. Oertzen § 42 Anm. 57 m.w.N., vgl. ferner BVerwG v. 19.11.1965, NJW 66, 513, wo darauf abgestellt wird, ob die Behörde nach aussen gegenüber dem Bürger handelnd auftritt

kanntgabe[1]. Sie kann auch durch eine andere als die erlassende Behörde erfolgen[2]. Es muss deshalb ausreichen, dass der Bürger durch die erlassende Behörde Kenntnis von dem Mitwirkungsakt der anderen Behörde, der Zustimmung oder deren Versagung, erhält. Das ist regelmässig der Fall. Bei Versagung der Zustimmung beruft sich die Genehmigungsbehörde sowieso darauf, dass sie infolge des Fehlens der Zustimmung den Verwaltungsakt nicht erlassen kann. Bei Erteilung der Zustimmung ergibt sich aus der gesetzlichen[3] Regelung, dass die Zustimmung erteilt ist. Sinn der Kundgabe eines Verwaltungsakts ist, aus Gründen der Rechtssicherheit zu vermeiden, dass Vorgänge der für den Bürger nicht erkennbaren internen Willensbildung innerhalb der staatlichen Organisation ihm gegenüber rechtlich erheblich werden[4]. Es ist deshalb nicht erforderlich, ganz generell die Kundgabe als enges, formales Kriterium des Verwaltungsaktsbegriffs zu verlangen, denn die Charakterisierung einer Handlung als Verwaltungsakt kann nicht auf ihre Form gestützt werden, sondern auf ihren sachlichen Gehalt[5]. Auf die Form kann es allein nicht ankommen. Nur soweit die Kundgabe zum Schutze des Bürgers in dem dargelegten Sinn notwendig ist, kann sie für die Verwaltungsaktseigenschaft einer staatlichen Massnahme bedeutsam sein. Für die Mitwirkungsakte der dargestellten Art bedeutet das, dass die Verwaltungsaktseigenschaft am Erfordernis der Kundgabe nicht scheitern kann[6].

Für die Rechtsstellung Dritter ergibt sich dies auch aus folgender Überlegung:
Einem durch einen Verwaltungsakt betroffenen Dritten wird in der Regel der Verwaltungsakt nicht kundgetan, sondern nur dem

---

1) Eyermann-Fröhler, RdNr. 60 zu § 42 VwGO
2) Hans-J. Wolff, VerwR I, § 50 II c 1
3) Zustimmung aufgrund reiner Verwaltungsvorschriften kann richtiger Ansicht nach dem Bürger gegenüber kein Verwaltungsakt sein, so Obermayer, DVBl 1958, 140; Friauf, DÖV 1961, 666; Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721
4) OVG Berlin a.a.O. S. 517
5) Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Anm. IV 1 c zu § 42 VwGO m.w.N.; Friauf a.a.O.
6) Über die anderen umstrittenen Merkmale des Verwaltungsaktsbegriffs ist damit aber noch nichts gesagt. Die Streitfragen können hier nicht weiter vertieft werden.

Adressaten. Trotzdem wurde nie bezweifelt, dass der Dritte klagebefugt ist, wenn der nicht an ihn gerichtete und ihm auch nicht kundgemachte Verwaltungsakt ihn in seinen rechtlich geschützten Interessen verletzt[1]. Die ganzen allgemeinen Grundsätze über die Klagebefugnis Dritter wären in Frage gestellt, wenn man verlangen wollte, dass nicht nur dem Adressaten, sondern auch dem Dritten gegenüber der Verwaltungsakt kundgetan sein müsse. Es wäre untragbar, anzunehmen, dass dem Dritten gegenüber nur dann ein Verwaltungsakt vorliegt, wenn ihm der Verwaltungsakt kundgegeben ist. Denn sonst würden die Rechtsschutzmöglichkeiten Dritter aufgrund formeller Erwägungen in unberechtigter Weise beschränkt, und die Verwaltung hätte es in der Hand, alle Klagen von Nichtadressaten zu verhindern, indem ihnen nichts kundgegeben wird.

Auch bei Aufsichtsverfügungen der Beanstandung und Anordnung kommt es deshalb nicht auf die Kundgabe der Aufsichtsverfügung gegenüber dem Dritten an. Zwar ist die mangelnde Kundgabe eines Verwaltungsakts kein ausreichendes Kriterium, um daran die Verwaltungsaktseigenschaft gegenüber Dritten scheitern zu lassen, aber das Fehlen jeglicher Kundgabe kann als Indiz dafür gewertet werden, dass auch in sachlicher Hinsicht eine rechtliche Regelung eines Einzelfalls nicht vorhanden ist und damit ein Verwaltungsakt nicht vorliegt.

2) Der Grundsatz der Einheit der Staatsverwaltung

Gegen die Verwaltungsaktseigenschaft aufsichtsbehördlicher Massnahmen im Verhältnis zu Dritten könnte auch der Grundsatz der Einheit der Staatsverwaltung sprechen. Diesem Grundsatz liegt der Gedanke zugrunde, der Staat trete dem Bürger als eine einzige Behörde gegenüber, mag sich auch der ihm eröffnete Verwaltungsakt aus den Überlegungen mehrerer staatlicher Stellen zusammensetzen[2]. Es handelt sich hierbei allerdings nicht um ein allgemein anerkanntes Kriterium des Verwaltungsaktsbegriffs. Trotzdem scheint gerade bei Aufsichtsverfügungen dieser Gedanke nahe zu liegen, da die Kommunalaufsicht

1) Vgl. bereits Urt. des PrOVG v. 9.5.1876, E 1, 327
2) Groebe, DVBl 1959, 757 (760); Schuegraf, NJW 1966, 177 ff (179); ablehnend Friauf, DÖV 1961, 666 (673)

den Zweck verfolgt, eine gesetzmässige "staatliche" Willensbildung im kommunalen Bereich der Selbstverwaltungsangelegenheiten zu ermöglichen. Sinn der Aufsichtsmassnahme ist es nicht, Akte im Aussenverhältnis gegenüber dem Bürger zu setzen, sondern im Bereich der Verwaltung eine einheitliche, den Gesetzen entsprechende Handlungsweise zu ermöglichen. Der Gedanke, Staat und Gemeinde insoweit als Einheit anzusehen, sodass nur ein einziger Akt, der kommunale Vollzugsakt, das Aussenverhältnis zu Dritten betrifft, bietet sich an und entspricht der vom Gesetzgeber zugrunde gelegten, allgemeinen Konzeption der Staatsaufsicht über die Gemeinden.
Trotzdem kann dieser Gedanke nicht letztlich entscheidend für die Ablehnung der Verwaltungsaktseigenschaft der Aufsichtsverfügung gegenüber Dritten sein, da er viel zu allgemein und unbestimmt ist und die besondere rechtliche Konstruktion des Verwaltungsaufbaus zwischen Staat und Gemeinden zu sehr ausser acht lässt zugunsten einer Einheit, die in dieser Ausschliesslichkeit rechtlich nicht besteht. Die organisationsrechtliche Verschiedenheit ist gerade bei Staat und Gemeinden besonders ausgeprägt, die beide selbständige juristische Personen des öffentlichen Rechts, Gebietskörperschaften mit einem gegeneinander abgegrenzten Bereich hoheitlicher Befugnisse sind. Nur im Hinblick auf die Zweckbestimmung der staatlichen Aufsicht lässt sich hier auf eine Einheit schliessen. Das reicht aber höchstens als Indiz für das Fehlen der Verwaltungsaktseigenschaft der Aufsichtsakte gegenüber Dritten, nicht jedoch als massgebende Grundlage. Nur im Zusammenhang mit einem letztlich tragenden Gesichtspunkt kann der Grundsatz der Einheit der Staatsverwaltung bedeutsam sein.

In diesem Zusammenhang ist deshalb auf die grundlegende Frage näher einzugehen, ob im Bereich der Kommunalaufsicht überhaupt eine rechtliche Regelung im Verhältnis zum Bürger aufgrund materiellrechtlicher Rechtsnorm möglich ist, die ihm gegenüber ein Aussenverhältnis schafft, sodass Massnahmen der Verwaltungsbehörden zur Regelung dieses Verhältnisses als Verwaltungsakte und nicht als innerdienstliche Massnahmen anzusprechen wären. Es geht also um die Frage, ob der Bereich der Kommunalaufsicht aufgrund der gesetzlichen Regelung im Verhältnis zum Bürger zum Innenbereich der Verwaltung gehört, sodass

die dort ergehenden Aufsichtsverfügungen keine Verwaltungsakte im Verhältnis zum Bürger darstellen, oder ob nicht nur gegenüber der Gemeinde, sondern auch gegenüber dem Bürger ein Aussenverhältnis anzunehmen ist, das durch Aufsichtsverfügungen geregelt wird.

VI) Materiellrechtliche Norm als Grundlage der Verwaltungsaktseigenschaft gegenüber Dritten

1) Es ist bis heute ein nahezu einhellig anerkannter Grundsatz, dass Verwaltungsakte nur im Aussenverhältnis zwischen dem Staat oder einer sonstigen, hoheitlich handelnden Körperschaft des öffentlichen Rechts und dem gewaltunterworfenen Bürger ergehen können[1]. Kriterium des Begriffs des Verwaltungsakts ist eine unmittelbare Rechtserheblichkeit gegenüber einer aussenstehenden Person[2]. Interne Akte sind dann keine Verwaltungsakte, wenn sie lediglich einen Vorgang der inneren Willensbildung des Staates darstellen[3], wenn es sich um interne Anweisungen von Organen an andere Organe der selben juristischen Person oder von Ämtern eines Organes an andere Ämter desselben Organs handelt[4].
So sind vor allem Weisungen einer im Instanzenzug vorgeordneten Verwaltungsbehörde an eine nachgeordnete Behörde innerhalb desselben Trägers öffentlicher Gewalt rein interne Vorgänge, die von der angewiesenen Behörde nicht angefochten werden können. Dasselbe gilt nach überwiegender Ansicht grundsätzlich für die Weisungen einer staatlichen Behörde an eine Gemeindebehörde, so weit diese staatliche Auftragsangelegenheiten wahrnimmt[5].

---

1) Eyermann-Fröhler, RdNr. 53 zu § 42 VwGO; Klinger, Anm. E I 3 a zu § 42 VwGO; Ule, Verwaltungsprozessrecht S. 128; vgl. aber Herbert Krüger, Smend-Festschrift a.a.O.; ders. NJW 1953, 1369 ff (1371 ff), und neuerdings Hans-Heinrich Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungslehre, 1965, die die dogmatischen Grundlagen, vor allem die bisher übliche Unterscheidung der Kriterien "Aussen" und "Innen" heute für nicht mehr sachgerecht halten. Die Unterscheidung als solche ist jedoch sachlich begründet, vgl. Bachof, Laforet-Festschrift S. 296; Forsthoff S. 133 f
2) Obermayer, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt S. 128, zur speziellen Problematik der Kriterien "Innen" und "Aussen" bei Akten im besonderen Gewaltverhältnis vgl. Maunz-Dürig, Art. 19 IV, RdNr. 25 und Eyermann-Fröhler, RdNr. 47 zu § 42
3) Menger, System S. 111 FsN 28
4) Hans-J. Wolff, VerwR I, § 46 VII b
5) BVerwGE 19, 121 und 6, 101; a.A. Hans-J. Wolff a.a.O. Der Grundsatz gilt nicht für die Pflichtaufgaben nach Weisung in BaWü, Hess, NW und SchlH wegen der monistisch strukturierten Gemeindeordnungen; vgl. dazu Jesch, DÖV 1960, 739 ff; Bachof,

Im Gegensatz dazu sind aber die Verfügungen der Aufsichtsbehörde gegenüber der Gemeinde im Rahmen der Kommunalaufsicht Verwaltungsakte, gegen die die Gemeinde im Wege der Anfechtungsklage vorgehen kann, denn die Aufsichtsverfügungen berühren den gesetzlich geschützten Selbstverwaltungsbereich der Gemeinden[1]. Sie greifen in die Rechtsstellung der Gemeinden ein. Da Staat und Gemeinden verschiedene Rechtsträger sind, wird ein Aussenverhältnis zwischen diesen beiden Rechtssubjekten geregelt, wenn der Staat gegenüber der Gemeinde hoheitlich handelt, indem er eine Aufsichtsverfügung erlässt. Das bedeutet aber noch nicht, dass mit dem Erlass einer Aufsichtsverfügung auch im Verhältnis zum Dritten, zum Bürger, den diese Verfügung irgendwie berührt, ebenfalls ein Aussenverhältnis gegeben ist, das der für die Gemeinde bestimmte Akt regelt. Zwar liegt insofern zwischen dem Staat, verkörpert durch die Aufsichtsbehörde, und dem Bürger ein Aussenverhältnis vor, als es sich um zwei verschiedene Rechtssubjekte handelt, aber die entscheidende Frage ist, ob dieses Aussenverhältnis zwischen Staat und Bürger durch den aufsichtsbehördlichen Akt "geregelt" wird bzw. überhaupt geregelt werden kann. Das ist der Kern eines jeden Verwaltungsakts.

a) Wenn man von der Relativität des Verwaltungsaktsbegriffs gegenüber verschiedenen Personen ausgeht, sodass eine bestimmte staatliche Massnahme einer Person gegenüber einen Verwaltungsakt darstellen kann, während das deswegen einer anderen gegenüber noch nicht der Fall zu sein braucht, dann kann es nur darauf ankommen, ob gegenüber dem durch die Massnahme Betroffenen überhaupt eine Regelung möglich und erfolgt ist. Das wiederum hängt von den rechtlichen Voraussetzungen ab, die der staatlichen Massnahme zugrunde liegen. Letztlich kommt es deshalb auf die Rechtsgrundlagen an, die der Verwaltungsbehörde den Erlass des betreffenden Aktes vorschreiben oder den Erlass des Aktes in ihr Ermessen stellen.

JZ 1966, 790, ferner VerfR I S. 307 f

1) Eyermann-Fröhler a.a.O., Kunze-Schmid S. 820; Ule a.a.O. Hans-J. Wolff a.a.O.

aa) Otto Mayers System des Verwaltungsrechts bestimmt auch heute noch, trotz veränderter verfassungsrechtlicher Lage, im grundsätzlichen dieAnschauungen in Literatur und Rechtsprechung, obwohl im einzelnen von Fall zu Fall sein Lehrgebäude, besonders in den Jahren seit Ende des zweiten Weltkriegs, in wichtigen Teilfragen geändert und ersetzt worden ist[1]. Den Zentralbegriff seines Systems bildet der Verwaltungsakt, den er als "einen der Verwaltung zugehörigen obrigkeitlichen Ausspruch, der dem Untertanen im Einzelfall sagt, was für ihn rechtens sein soll", definierte[2]. Von entscheidender Bedeutung für diese rechtliche Regelung durch die Verwaltungsbehörde war der seine Zeit beherrschende Rechtssatzbegriff. So wurde unterschieden zwischen Gesetz im formellen und Gesetz im materiellen Sinne, eine Unterscheidung, die auch heute noch Wissenschaft und Praxis beherrscht. Unter Gesetz im materiellen Sinn verstand man Normen, die die Rechte und Pflichten der Bürger untereinander oder im Verhältnis zum Staat abgrenzen, also alle die Normen, die ein Aussenverhältnis betreffen. Im Gegensatz dazu stand der Innenbereich der Verwaltung, der nicht unter den Vorbehalt des Gesetzes fiel und deshalb grundsätzlich gesetzesfrei war. Im wesentlichen ist diese grundlegende Unterscheidung bis heute beibehalten worden. Die Gegenüberstellung als solche ist bisher nur vereinzelt angetastet worden[3], im Regelfall wurde lediglich versucht, in verschiedenen Bereichen die Grenzziehung zwischen rechtlich normiertem Aussenverhältnis und rechtsfreiem Innenverhältnis im Interesse eines angemessenen Rechtsschutzes des Bürgers zu korrigieren. Das geschah etwa im Anstaltsrecht oder im Ermessenbereich, es wurde auch

---

1) Vgl. aber E.W. Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt; Dietrich Jesch, Gesetz und Verwaltung, und Hans-Heinrich Rupp a.a.O., die aufgrund der veränderten verfassungsrechtlichen Lage die dogmatische Tragfähigkeit des ganzen Systems anzweifeln.

2) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, I Bd., 3. Aufl. 1923 S. 93

3) Z.B. Herbert Krüger a.a.O. und vor allem jetzt Hans-Heinrich Rupp a.a.O.

versucht beim Bereich der innerdienstlichen Weisungen[1], ohne sich hier allerdings in stärkerem Umfang durchsetzen zu können. Diese Ausdehnung des Aussenverhältnisses bei innerdienstlichen Weisungen auf Kosten des internen Bereichs und damit die Ausdehnung des Verwaltungsaktsbegriffs ist zumindest seit Inkrafttreten der VwGO vom 1.4.1960 an nicht mehr erforderlich, da seither die Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen, die einen Verwaltungsakt voraussetzen, nicht mehr so einseitig im Vordergrund stehen, wie das in den Verwaltungsgerichtsgesetzen nach 1945 der Fall war. Es muss heute in Grenzfällen nicht unbedingt ein Verwaltungsakt konstruiert[2] werden, um einen Rechtsschutz des Bürgers zu erreichen, denn Leistungs- oder Feststellungsklagen, die in der VwGO vom 21.1.1960 nicht mehr so stiefmütterlich behandelt werden, können vielfach ebensogut den erstrebten Rechtsschutz erzielen. Heute werden deshalb diese Klagearten durch die Gerichte auch in weitaus stärkerem Masse zugelassen[3]. Es wird heute insgesamt gesehen die Tendenz der Rechtsprechung erkennbar, die teilweise etwas übertriebene Ausdehnung des Verwaltungsaktsbegriffs wieder einzudämmen. Diese begrüssenswerte Entwicklung ist auch im Bereich der internen Akte der Verwaltung zu beachten.

bb) Wie der Rechtssatzbegriff bedeutsam ist für die Abgrenzung des Aussenverhältnisses zwischen zwei Rechtssubjekten vom rein internen Bereich der Verwaltung, so ist entsprechend

---

1) Z.B. durch Bachof, Laforet-Festschrift S. 285 ff; Menger a.a.O.; BGH v. 10.3.1958 a.a.O.

2) Vgl. dazu Georg Mörtel, Auswirkungen der veränderten Generalklausel auf Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung S. 137 ff (150), der feststellt, dass durch die Entwicklung der letzten beiden Jahrzehnte der Satz: "Wenn ein Verwaltungsakt vorliegt, ist verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz zu gewähren", in den Satz umgekehrt worden sei: "Weil verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz zu gewähren ist, muss auch ein Verwaltungsakt vorliegen", der dann eben gefunden oder konstruiert werden müsse.

3) Zu den Ursachen: Bachof, Verfassungsrecht, ...S. 238 (= JZ 1962, 706)

der Verwaltungsakt nur diejenige Regelung eines Einzelfalls, die extern an andere Personen ergeht[1]. Soweit Gesetze im materiellen Sinn die Rechtsstellung verschiedener Personen untereinander oder im Verhältnis zum Staat regeln, sind die behördlichen Akte, die zur Ausführung dieser Gesetze gegenüber den betroffenen Personen erlassen werden, Verwaltungsakte. Für den Rechtscharakter einer Aufsichtsverfügung im Verhältnis zu Dritten kommt es daher entscheidend darauf an, ob die Regelung, auf der der Aufsichtsakt beruht, einen Rechtssatz oder eine Organisationsnorm (Verwaltungsvorschrift) darstellt. Im ersteren Fall wird das rechtliche Verhältnis zwischen der öffentlichen Gewalt und den von einem bestimmten Hoheitsakt betroffenen Personen bestimmt, im zweiten Fall geht es lediglich um die Verankerung von Rechten und Pflichten, die nur zwischen Organen der öffentlichen Gewalt bestehen.

2) Von grundlegender Bedeutung für die Abgrenzung des Innenbereichs der Verwaltung und des Aussenbereichs gegenüber dem Bürger und damit für die Frage, ob ein Akt der Verwaltung eine Regelung im Aussenverhältnis gegenüber dem Bürger darstellt, ist deshalb bei Aufsichtsverfügungen der Gesichtspunkt, ob der Mitwirkungsakt der Aufsichtsbehörde, der der endgültigen und gesetzmässigen Willensbildung der Gemeinde - auch im Hinblick auf die betroffenen Bürger - dient, auf einem Rechtssatz oder einer Verwaltungsvorschrift beruht[2]. Dies bedeutet, dass ein behördlicher Mitwirkungsakt, der auf einem Rechtssatz beruht und gegen materiellrechtliche Normen verstösst, bei Fehlerhaftigkeit aufhebbar ist, da es sich um einen Verwaltungsakt handelt, während ein lediglich gegen eine Verwaltungsverordnung oder innerdienstliche Weisung verstossender Akt dessen Rechtsgültigkeit unberührt lässt[3],

---

1) Hans-J. Wolff, VerwR I § 46 VII
2) Bei anderen Mitwirkungsakten, z.B. der Zustimmung nach § 9 II BFStrG, wird das zu Recht als massgebender Gesichtspunkt von der überwiegenden Ansicht in der Literatur angenommen: Z.B. Friauf, DÖV 1961, 666 (668); Nedden, DÖV 1959, 525; Obermayer, DVBl 1958, 140; Clasen, NJW 1959, 752; allgemein auch Bachof, Laforet-Festschrift a.a.O.
3) Vgl. Forsthoff S. 133

da Verwaltungsverordnungen oder innerdienstliche Weisungen keine Regelung eines Aussenverhältnisses zum Gegenstand haben. Rechtssätze bestimmen den Rechts- und Pflichtenkreis des Staatsbürgers[1], während Verwaltungsvorschriften lediglich die Rechte und Pflichten zwischen verschiedenen Organen der öffentlichen Gewalt regeln, ohne Aussenwirkung zu besitzen[2].

a) Wenn eine Organisationsvorschrift für den Erlass eines Verwaltungsaktes die Mitwirkung einer anderen Behörde als der erlassenden Behörde vorschreibt, oder ihr ein Weisungsrecht gegenüber der erlassenden Behörde gibt, beruht diese Vorschrift über die Beteiligung auf organisatorischen Gesichtspunkten und berührt die Rechtsstellung derjenigen Personen, denen gegenüber der Verwaltungsakt der erlassenden Behörde ergeht, nicht. Sie ist kein Gesetz im materiellen Sinn. Ist ein Verwaltungsakt ohne die erforderliche interne Mitwirkung ergangen, so wird seine Rechtmässigkeit im Aussenverhältnis dadurch nicht beeinträchtigt[3]. In dieser Weise lediglich für den internen Verwaltungsbereich vorgeschriebene Mitwirkungsakte sind deshalb im Aussenverhältnis zum Bürger keine Verwaltungsakte, da die Vorschriften nicht den Rechts- und Pflichtenkreis des Bürgers mit Aussenwirkung regeln. Dasselbe gilt für intern vorgesehene Weisungsrechte einer anderen Behörde[4]. Eine rein faktische Aussenwirkung wird regelmässig vorhanden sein, insbesondere bei bindenden, innerdienstlichen Weisungen, sie kann aber die Verwaltungsaktseigenschaft nicht begründen, da letztlich jeder rechtserhebliche, interne Akt sich in irgendeiner Hinsicht mittelbar und faktisch auch nach aussen auswirken wird. Würde man die faktische und mittelbare Aussenwirkung ausreichen lassen und bei Vorhandensein einer Rechtsverletzung die Verwaltungsaktsei-

---

1) Fleiner S. 62 ff; Obermayer, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt S. 107
2) Forsthoff S. 132; Hans-J. Wolff, VerwR I S. 99
3) Obermayer, DVBl 1958, 141; Friauf a.a.O. S. 668
4) Vgl. aber die Ausnahmen Bachof's für bestimmte, innerdienstliche Weisungen, Laforet-Festschrift S. 308 ff

genschaft bejahen, wie das verschiedentlich versucht worden ist[1], so würde das praktisch die Aufgabe der Unterscheidung zwischen rechtsfreiem Innenverhältnis und rechtlich normiertem Aussenverhältnis bedeuten[2]. Die Unterscheidung ist aber notwendig und sachlich begründet[3], denn es ist weder im Interesse des Rechtsschutzes des Bürgers erforderlich, sämtliche ausserrechtlichen Bereiche innerhalb der Behördenorganisation der Verwaltung im Verhältnis zum Bürger aufzugeben, da sein Rechtsschutz gewahrt ist, wenn der letztlich massgebende, ihm gegenüber ergehende Akt anfechtbar ist, noch gegenüber den Interessen der Verwaltung berechtigt, deren innere Willensbildung den Bürger grundsätzlich nichts angeht.
Im übrigen ist die Konstruktion eines Verwaltungsakts auch deshalb nicht unbedingt erforderlich, weil heute innerdienstliche Massnahmen, die einen widerrechtlichen Eingriff in die Rechtsstellung Dritter darstellen, unter bestimmten Voraussetzungen mit der Leistungsklage bekämpft werden können[4].

b) Beruht eine Mitwirkung einer anderen Behörde jedoch auf einem Gesetz im materiellen Sinn, also einer Vorschrift, die den Rechts- und Pflichtenkreis des Staatsbürgers bestimmt, so wird der Akt der mitwirkenden Behörde im Regelfall gegenüber dem Bürger als Verwaltungsakt anzusehen sein, da dadurch seine Rechtsstellung auch im Aussenverhältnis geregelt wird[5].

Dasselbe muss auch bei einem Weisungsakt gelten, der durch Rechtssatz für bestimmte Sachgebiete vorgeschrieben ist, soweit er die Rechts- und Pflichtenstellung des Bürgers betrifft, also materiellrechtliche Bedeutung hat. Soweit dem Gesetz jedoch nur eine verfahrensrechtliche Bedeutung zukommt, fehlt die materielle Gesetzesakzessorietät. Hinsichtlich der Materie,

---

1) Z.B. die "Umschlagstheorie" Bachof's a.a.O. S. 285 ff; Menger System S. 111, BGH v. 10.3.1958 a.a.O.
2) Die "Umschlagstheorie" Bachof's bezieht sich allerdings nur auf bestimmte Grenz- und Ausnahmefälle, Bachof erkennt im Grundsatz diese Unterscheidung an
3) Bachof a.a.O. S. 296; Forsthoff S. 134
4) Dazu Bettermann, DÖV 1955, 528 ff; Menger, Gedächtnisschrift für W. Jellinek a.a.O.; Ule, Verwaltungsprozessrecht S. 114
5) Vgl. Friauf, DÖV 1961, 666; Obermayer, DVBl 1958, 140; Nedden, DÖV 1959, 525; Clasen, NJW 1959, 752; alle in bezug auf die Zustimmung nach § 9 II BFStrG

die in der Weisung für die angewiesene Behörde bindend geregelt wird, muss eine besondere, durch eine Vorschrift mit materiellrechtlichem Inhalt vorgeschriebene Zuständigkeit der anweisenden Behörde bestehen. Ein reiner Aufsichtsakt einer vorgesetzten Behörde gegenüber einer im Instanzenzug nachgeordneten Behörde, der auf den allgemeinen Gesichtspunkten des Organisationsrechts oder einer Verwaltungsvorschrift beruht, und der die untere Behörde zu bestimmtem Tun anweist, ist hiervon zu unterscheiden. Da das angewiesene Verhalten lediglich zum Zuständigkeitsbereich der unteren Behörde gehört, erfüllt die Weisung die dargestellten Voraussetzungen nicht. Es handelt sich hier um ein reines Verwaltungsinternum, da die höhere Behörde zur Wahrnehmung der Aufgaben der unteren Behörde im Aussenverhältnis überhaupt nicht zuständig ist. Nur wenn durch materiellrechtliche Norm mit Wirkung im Aussenverhältnis die Zuständigkeit zur Regelung der Rechtsstellung des Bürgers zwischen der vorgesetzten und der nachgeordneten Behörde aufgeteilt ist, regelt die höhere Behörde selbständig die Rechtsstellung des Bürgers, soweit sie über ihren Bereich bindend gegenüber der erlassenden Behörde entscheidet[1].

Um die Frage beantworten zu können, ob eine Aufsichtsverfügung der Kommunalaufsichtsbehörde auch im Verhältnis zum Dritten, dem Bürger, ein Verwaltungsakt ist, ist es entscheidend, ob die Rechtsnormen, auf denen die Aufsichtsverfügung beruht, Gesetze im materiellen Sinn sind und das rechtliche Aussenverhältnis gegenüber dem Bürger - zumindest auch - regeln. Dagegen könnte ein Tätigwerden der Kommunalaufsichtsbehörde aufgrund einer Verwaltungsvorschrift oder aufgrund allgemeiner Regeln der Verwaltungsorganisation die Verwaltungsaktseigenschaft nicht erfüllen.

c) Das Institut der Kommunalaufsicht wird in den einzelnen Ländern in den gesetzlichen Bestimmungen geregelt, die das

---

1) Vgl. die Entscheidung des BVerwG v. 10.7.1958, NJW 1959, 590, wo es heisst: "hat das Mitwirkungsrecht derart selbständige Bedeutung, dass der Behörde, der das Widerspruchsrecht eingeräumt ist, die ausschliessliche Wahrnehmung bestimmter Aufgaben und die alleinige Geltendmachung besonderer Gesichtspunkte übertragen ist, so mag sich auch die Entscheidung der mitwirkungsberechtigten Behörde als selbständig anfechtbarer Verwaltungsakt darstellen"

Verhältnis des Staats zu den Gemeinden festlegen. Das sind jeweils die einzelnen Gemeindeordnungen dieser Länder. Die Kommunalaufsicht in der Form der reinen Gesetzmässigkeitsaufsicht ist eine charakteristische Ausprägung des besonderen Verhältnisses des Staats zu den Gemeinden. Ihr ist deshalb in nahezu allen Gemeindeordnungen ein eigener Abschnitt vorbehalten. Diese Gemeindeordnungen sind förmliche, von den Landtagen verabschiedete Landesgesetze mit materiellrechtlichem Inhalt, die das Rechtsverhältnis zwischen Staat und Gemeinden regeln.
Es ist allerdings denkbar und kommt in der Praxis zuweilen vor, dass Gesetze und Rechtsverordnungen neben Vorschriften, die den Rechts- und Pflichtenkreis des Bürgers bestimmen, auch blosse Verwaltungsvorschriften enthalten[1]. Derartige Vorschriften unterscheiden sich von den gewöhnlichen Verwaltungsverordnungen lediglich dadurch, dass sie nur durch Gesetz und nicht durch einen Akt der höheren Verwaltungsbehörde wieder aufgehoben werden können. Sie geniessen deshalb einen erhöhten Bestandsschutz.

Diese Voraussetzungen treffen jedoch für die Bestimmungen über die Kommunalaufsicht deshalb nicht zu, weil es sich hier um die Regelung der Rechte und Pflichten zwischen der Rechtsperson Staat einerseits und der Rechtsperson Gemeinde andererseits handelt. Da die Gemeinden als eigene Rechtspersonen durch die Ausgestaltung der Kommunalaufsicht in ihrem Rechts- und Pflichtenkreis betroffen werden, sind diese Vorschriften keine rein internen, staatlichen Verwaltungsverordnungen, sondern Gesetze im materiellen Sinn.
Damit ist aber noch nicht gesagt, dass diese Vorschriften auch im Verhältnis zum Bürger Gesetze im materiellen Sinn sind, denn es ist ein wesentlicher Unterschied, ob durch ein Gesetz lediglich die Rechtsstellung einer im weiteren Sinn auch dem Staat und der öffentlichen Gewalt zugehörigen, juristischen Person des öffentlichen Rechts geregelt wird, oder ob ganz allgemein der Rechts- und Pflichtenkreis der Staatsbürger eingeschränkt oder erweitert wird. So ist die Aufsicht über

---

1) Fleiner a.a.O. S. 65, 66; Forsthoff a.a.O. S. 134; Otto Mayer, Dt. VerwR, Bd. I S. 67

die Kommunen innerhalb der Staatsverwaltung ein Stück Verwaltungsorganisation, da sie das rechtsstaatlich notwendige Funktionieren der Träger der öffentlichen Verwaltung sicherstellen soll[1]. Eine Regelung der Staatsaufsicht über die Gemeinden durch Gesetz ist schon deshalb erforderlich, weil die Gemeinden eigene Rechtspersönlichkeit besitzen und ihre Rechte durch blosse Verwaltungsvorschrift ohne gesetzliche Grundlage nicht eingeschränkt werden können.
Vom Bürger aus gesehen ist das Verhältnis des Staats und der Kommunen jedoch mehr oder weniger als Einheit anzusehen, nämlich als die öffentliche Gewalt, der er als Gewaltunterworfener gegenübertritt. Durch eine gesetzliche Vorschrift, die das Verhältnis des Staats zu den Gemeinden regelt, ist die Rechtsstellung des Staatsbürgers nicht betroffen. Ein derartiges Gesetz wirkt grundsätzlich über den Bereich der Organisation der öffentlichen Verwaltung nicht hinaus, es ist im Verhältnis zum Bürger nach Voraussetzungen, Zweck und Wirkung kein Gesetz im materiellen Sinne, denn es soll nur die Organisation der öffentlichen Verwaltung regeln. Diese ist dadurch kompliziert, dass sie aufgeteilt ist in selbständige juristische Personen des öffentlichen Rechts wie Staat, Kommunalverbände, Gemeinden und sonstige juristische Personen des öffentlichen Rechts. Wäre diese Aufspaltung der öffentlichen Gewalt in selbständige juristische Personen des öffentlichen Rechts nicht vorhanden, so wäre es nicht erforderlich, deren Rechtsstellung im Verhältnis zum Staat durch Gesetze im materiellen Sinn abzugrenzen und festzulegen. Eine Verwaltungsverordnung würde genügen. Im Verhältnis zum Bürger würden reine Verwaltungsinterna vorliegen, die für seine Rechtsstellung vollkommen irrelevant sind. Ist nun infolge einer anderen Organisation der öffentlichen Verwaltung eine Aufspaltung in mehrere selbständige Träger öffentlicher Gewalt im Rahmen der gesamten staatlichen Hoheitsverwaltung vorgenommen worden und infolge deren rechtlicher Selbständigkeit die Regelung des Verhältnisses durch Gesetz im materiellen Sinn erforderlich, so sind diese Gesetze dem Dritten gegenüber, dessen Rechtsstellung

---

1) Gönnenwein, Lehrbuch S. 173

dadurch nicht geregelt werden soll, ohne jede rechtliche Bedeutung und damit gleichfalls irrelevant. Ihm gegenüber liegt kein Gesetz im materiellen Sinn vor.

Das ergibt sich eindeutig aus dem Inhalt, Sinn und Zweck der gesetzlichen Vorschriften der Gemeindeordnungen, die die Kommunalaufsicht regeln. Nur das Verhältnis des Staats zu den Gemeinden, nur die Abgrenzung der beiderseitigen Rechtsbereiche ist Gegenstand dieser gesetzlichen Regelung. Dominierender Zweck der Kommunalaufsicht ist, dem Staat Möglichkeiten in die Hand zu geben, die die Gesetzmässigkeit der Verwaltungshandlungen der Gemeinde sicherstellen und mit denen er diese notfalls zwangsweise durchsetzen kann. Das hat mit der Rechtsstellung Dritter überhaupt nichts zu tun.
Möglich ist jedoch, dass dritte Personen bei derartigen Akten der Aufsichtsbehörde, die die Gesetzmässigkeit der Gemeindeverwaltung betreffen, faktisch und mittelbar begünstigt oder belastet werden. Ihre Rechtsstellung wird jedoch keineswegs unmittelbar geregelt. Im Verhältnis zum Dritten ist die Lage ähnlich derjenigen einer Weisung der vorgesetzten Behörde an eine nachgeordnete Behörde im staatlichen Instanzenzug. Der Unterschied besteht nur darin, dass das Verhältnis der vorgesetzten Kommunalaufsichtsbehörden zu den nachgeordneten Gemeindebehörden auf Gesetz beruht, was durch die rechtliche Selbständigkeit der Gemeinden begründet ist. Ausserdem ist es auf eine Rechtsaufsicht beschränkt. Das kann aber im Hinblick auf Dritte, deren Rechtsstellung dieses Gesetz nicht betrifft, keinen Unterschied machen, da sie die interne Willensbildung der öffentlichen Verwaltung nicht unmittelbar betrifft.

3) Der Grundsatz der Einheit der Staatsverwaltung[1] ist in diesem Zusammenhang ein brauchbarer Gesichtspunkt, der das Verhältnis der Aufsichtsbehörde und Gemeinden einerseits zu der Stellung des Dritten andererseits, der mit den internen Beziehungen des Staats zu den Gemeinden nichts zu tun hat,

---

1) Groebe, DVBl 1959, 757 (760)

charakterisiert. Im Bereich der Aufsichtsverfügungen trifft der Gedanke zu, dass die öffentliche Gewalt dem Bürger als eine einzige Behörde gegenübertritt, mag sich auch der letztlich dem Bürger gegenüber ergehende Verwaltungsakt aus den Handlungen mehrerer Behörden zusammensetzen. Soweit die Verfügungen der staatlichen Aufsichtsbehörde lediglich der Überwachung kommunaler Tätigkeit dienen, wie das die betreffenden Gesetze der Gemeindeordnungen generell vorschreiben, regeln sie keine Aussenverhältnisse ausserhalb des Bereichs der öffentlichen Verwaltung. Diese Gesetze sind also keine Gesetze im materiellen Sinn im Hinblick auf die Rechtsstellung des Bürgers, für ihn haben sie nur verwaltungsinterne Bedeutung, die sich auf den Bereich des Staats und der Gemeinden beschränkt.

Daraus folgt,dass dem Dritten gegenüber kein Verwaltungsakt erlassen wird, wenn eine Aufsichtsbehörde eine Gemeinde im Wege der Beanstandung oder Anordnung anweist, gegenüber einem Dritten einen Verwaltungsakt zu erlassen oder zu unterlassen. Diese Verfügungen gegenüber der Gemeinde sind im Verhältnis zu Dritten nur Massnahmen zur Regelung des verwaltungsinternen Bereichs. Wenn man von der Relativität des Verwaltungsaktsbegriffs ausgeht, nämlich dass eine Massnahme einer Person gegenüber ein Verwaltungsakt sein kann, während sie einer anderen Person gegenüber deswegen kein Verwaltungsakt zu sein braucht, ist das die konsequente Folge dieser Auffassung. Eine Massnahme, die ohne Zweifel gegenüber der Gemeinde ein Verwaltungsakt ist, kann als eine Art innerdienstlicher Vorgang gegenüber dem Bürger gewertet werden. So wurde im umgekehrten Fall schon mehrfach die Ansicht vertreten, dass eine gegenüber der unteren Behörde innerhalb des staatlichen Instanzenzugs erlassene, innerdienstliche Anordnung der vorgesetzten Behörde gleichzeitig ein Verwaltungsakt im Aussenverhältnis gegenüber dem Bürger sein könne[1]. Obwohl diese Auffassung aus anderen Gründen im Ergebnis abzulehnen ist, zeigt die Konstruktion, dass es durchaus möglich ist, eine Massnahme im Innenverhältnis gegenüber dem Adressaten als Verwaltungsinternum und gegenüber einem anderen Betroffenen als Verwaltungs-

---

1) Bachof a.a.O.; Menger a.a.O.; BGH v. 10.3.1958 a.a.O.

akt anzusehen. Bei Aufsichtsverfügungen der Beanstandung und Anordnung liegt dem Adressaten gegenüber ein Verwaltungsakt vor, während die Massnahme im Hinblick auf die Rechtsstellung Dritter nur verwaltungsinterne Bedeutung hat.

4) Es reicht nicht aus, dass die Rechtsstellung Dritter durch die Massnahme irgendwie betroffen ist, denn aus der Rechtsbeeinträchtigung allein kann nicht schon auf die Verwaltungsaktseigenschaft geschlossen werden, was bereits an früherer Stelle erläutert wurde (vgl. 4. Abschnitt III 2). Es zeigt sich hier, dass deshalb auch das Erfordernis der Unmittelbarkeit der Rechtsverletzung für die Anfechtbarkeit allein nicht ausreichen kann. Damit ein Verwaltungsakt angenommen werden kann, muss aufgrund einer materiell-rechtlichen Norm eine "Regelung" im weitesten Sinn gegenüber einem Bürger überhaupt möglich sein. Das ist regelmässig der Fall, wenn einem Bürger gegenüber ein Verwaltungsakt erlassen wird, der einen anderen in seinen Rechten verletzt, denn durch die begünstigende oder belastende Regelung gegenüber dem Adressaten liegt gleichzeitig auch eine Regelung der Rechtsstellung des in seinen Rechten betroffenen Dritten vor, die auf der entsprechenden materiellrechtlichen Norm beruht, selbst dann, wenn diese Regelung als Nebenwirkung durch die den Verwaltungsakt erlassende Behörde gar nicht erkannt wurde und deshalb unbeabsichtigt war.

Ein Ausnahmefall liegt aber in der materiellrechtlichen Regelung der Kommunalaufsicht. Nur das spezielle Verhältnis zu den Gemeinden wird durch die materiellrechtlichen Normen geregelt, kein darüber hinausgehendes Aussenverhältnis zu Dritten, sodass die Aufsichtsbehörden Verwaltungsakte gegenüber anderen Rechtspersonen als den Gemeinden aufgrund dieser Vorschriften gar nicht erlassen können. Es fehlt daher die materiellrechtliche Grundlage jeglicher Verwaltungsaktsqualität gegenüber anderen Betroffenen als den Gemeinden, da diese Vorschriften nur ein Aussenverhältnis zur Gemeinde, aber kein darüberhinausgehendes, anders geartetes Aussenverhältnis zu Dritten betreffen. Belastende Verwaltungsakte, die in die Rechtsstellung Dritter eingreifen, bedürfen jedoch einer gesetzlichen Grundlage. Dieser "Grundsatz des Gesetzesvorbehalts" ist bei Aufsichtsverfügungen im Hinblick auf Dritte

nicht gewahrt, jedenfalls bei Beanstandungs- und Anordnungsverfügungen nicht, da die entsprechenden gesetzlichen Vorschriften nur ein Vorgehen gegen die Gemeinde unter bestimmten Voraussetzungen sanktionieren. Ein Vorgehen der Kommunalaufsichtsbehörden gegenüber Dritten aufgrund dieser Vorschriften ist ausgeschlossen. Eine faktische Auswirkung eines an die Gemeinde gerichteten Verwaltungsakts auf Dritte ist im Einzelfall zwar möglich, aber rein zufällig und mittelbar.

5) Diese Auffassung wird auch gestützt durch das Fehlen jeglicher Kundgabe der Aufsichtsverfügung gegenüber Dritten. Zwar ist der Grundsatz der Kundmachungsfunktion nicht als ein letztlich entscheidender Gesichtspunkt für die Bejahung oder Verneinung der Verwaltungsaktseigenschaft anzusehen, da es sich um einen formalen Vorgang im Interesse des Bürgers handelt[1], während es beim Verwaltungsakt auf den sachlichen Gehalt ankommt, aber das Fehlen jeglicher Kundgabe ist im soeben dargestellten Zusammenhang doch ein wichtiges Indiz für das Fehlen einer sachlichen Regelung gegenüber dem durch eine Aufsichtsverfügung betroffenen Dritten und spricht deshalb auch gegen die Verwaltungsaktseigenschaft einer Beanstandungs- oder Anordnungsverfügung im Verhältnis zu Dritten.

Wenn der Gesetzgeber gewollt hätte, dass die Regelung gegenüber der Gemeinde in bestimmten Fällen auch eine bereits die Rechtsstellung Dritter unmittelbar betreffende Regelung enthalten solle, dann wären die entsprechenden Normen anders gefasst worden oder hätten zumindest anders gefasst werden müssen. Die Normen über die Beanstandungs- und Anordnungsverfügungen betreffen aber ausschliesslich das besondere Verhältnis des Staats zu den Gemeinden. Eine darüberhinausgehende Regelung kann deshalb einer Beanstandungs- oder Anordnungsverfügung nicht innewohnen. Rein faktische und mittelbare Auswirkungen, die praktisch jeder verwaltungsinterne Akt in irgend einer Form über das Innenverhältnis hinaus äussern kann, sind aber keine "Regelungen" im Sinn des Verwaltungsaktsbegriffs. Einer über den staatlich-kommunalen Bereich hinausgehenden Aussenwirkung fehlt die gesetzliche Grundlage, sodass Beanstandungs- und Anordnungsverfügungen Dritten gegenüber nichts "regeln".

---

1) Friauf, DÖV 1961, 666 (672)

Als Ergebnis ist damit festzuhalten, dass Aufsichtsverfügungen der Beanstandung und Anordnung im Verhältnis zu Dritten keine Verwaltungsakte im Sinn des § 42 VwGO sind und von diesen nicht im Wege einer verwaltungsgerichtlichen Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage bekämpft werden können[1]. Im Grundsatz gelten diese Regeln generell für alle Aufsichtsmittel, sodass an sich bei allen Massnahmen der Kommunalaufsicht eine Anfechtung durch Dritte ausgeschlossen sein müsste. Es gibt jedoch einige Aufsichtsmittel, bei denen infolge ihrer besonderen rechtlichen Struktur die Verwaltungsaktseigenschaft gegenüber Dritten anders zu beurteilen ist. Auf sie muss deshalb näher eingegangen werden.

C) Die Ersatzvornahme

Bei der Ersatzvornahme könnte insoweit etwas anderes gelten, als sie eine Massnahme der Aufsichtsbehörde ist, die nach erfolgloser Anordnung gegenüber der Gemeinde direkt durch die Aufsichtsbehörde gegenüber dem Dritten durchgeführt wird. Nur Fälle dieser Art sind von den verschiedenen rechtlichen Möglichkeiten einer Ersatzvornahme[2] im Hinblick auf das Anfechtungsrecht Dritter von Bedeutung. Soweit die Aufsichtsbehörde nur einen von der Gemeindevertretung zu fassenden Beschluss im Wege der Ersatzvornahme fasst, der, wenn er von der Gemeinde gefasst worden wäre, noch keine Aussenwirkung hätte und noch nicht unmittelbar die Rechtsstellung Dritter regeln würde, weil der ausführende Verwaltungsakt der zuständigen Gemeindeverwaltungsbehörde gegenüber dem Bürger noch nicht ergangen ist, kann der aufsichtsbehördliche Akt auch kein Verwaltungsakt gegenüber dem Dritten sein, da die Ersatzvornahme nur einen Akt einer gesetzlichen Vertretung, einer sog. "Aufsichtsvertretung"[3] darstellt. Er kann deshalb keine weitergehenden Rechtswirkungen als der kommunale Akt selbst entfalten. Nur soweit solche Beschlüsse dann im Wege der Ersatzvornahme auch durch die Aufsichtsbehörde im Aussenverhältnis gegenüber dem Bürger durch Erlass eines Verwaltungsakts durchgeführt werden, kann die Frage der Klagebefugnis auftauchen.

---

1) Gl.M. Kunze-Schmid S. 821
2) Vgl. Gönnenwein, Lehrbuch S. 189
3) Helmreich-Widtmann S. 621; Göbel S. 331, Kunze-Schmid S. 809; Gönnenwein a.a.O.

Nur dieser zweite Akt der Ersatzvornahme, der mit der Ersetzung des Beschlusses durch die Aufsichtsbehörde nicht identisch ist, betrifft das Aussenverhältnis zum Bürger.

Soweit ein Gemeinderatsbeschluss bereits mit Bekanntgabe gegenüber dem Bürger im Aussenverhältnis wirksam wird und dessen Rechtsstellung unmittelbar regelt - das hängt weitgehend davon ab, wie weit die Gemeindeverfassung im Einzelfall der monistischen oder der dualistischen Form folgt[1] -, gilt dasselbe für einen im Wege der Ersatzvornahme durch die Aufsichtsbehörde gefassten und bekanntgegebenen Beschluss. Massgebend ist, ob ein das Aussenverhältnis regelnder Akt der Aufsichtsbehörde gesetzt wird. Nur diese Akte gewähren eine Klagebefugnis. Diejenigen Akte, die keine Verwaltungsakte sind, wenn sie von der Gemeinde vorgenommen werden, sind regelmässig auch keine Verwaltungsakte, wenn sie von der Aufsichtsbehörde erlassen werden.
Die Aufsichtsbehörde tritt an die Stelle der Gemeinde und erlässt im Aussenverhältnis gegenüber dem Bürger diejenigen Verwaltungsakte, die die Gemeinde hätte erlassen müssen. Gegenüber den betroffenen Bürgern ergeht unmittelbar ein Verwaltungsakt. Dieser ist ein materieller Verwaltungsakt gegenüber dem Bürger, denn seine Rechtsstellung wird dadurch geregelt. Gleichzeitig ist die Ersatzvornahme aber auch ein Vollstreckungsakt im Hinblick auf die Gemeinde, also formeller Verwaltungsakt[2]. Der dazugehörige materielle Verwaltungsakt liegt in der vorausgegangenen Anordnung der Aufsichtsbehörde an die Gemeinde, die die Gemeinde nicht befolgt hat.

Der Bürger ist in einem solchen Fall, in dem der formelle Vollstreckungsakt der Ersatzvornahme gleichzeitig einen materiellen Verwaltungsakt ihm gegenüber enthält, nicht Dritter, sondern Adressat des Verwaltungsakts. Er ist immer dann zur Anfechtungsklage befugt, wenn er in seinen Rechten betroffen ist. Die Problematik des besonderen Verhältnisses des Staats zu den Gemeinden wirkt sich hier nicht aus, da die Aufsichtsbehörde nur an Stelle der Gemeinde Verwaltungsakte setzt, die

---

1) Vgl. Gönnenwein S. 307 ff
2) Vgl. dazu Menger, System S. 106; E.Becker, HdbKWP S. 179

eigentlich die Gemeinde hätte erlassen müssen. Ist durch einen solchen Verwaltungsakt nicht der Adressat, sondern eine andere Person, ein Dritter, zum Beispiel ein Nachbar des Adressaten, in seinen Rechten betroffen, so gelten die allgemeinen Regeln der Klagebefugnis Dritter[1]).
Ein hoheitlicher Eingriff durch die Aufsichtsbehörde in die Rechtsstellung des Bürgers, ohne dass zugleich ein materieller Verwaltungsakt ihm gegenüber vorliegt, ist nicht denkbar. Es ist hier zu unterscheiden zwischen der Rechtsstellung der Gemeinde und der Rechtsstellung des Bürgers. Für die Gemeinde ist die Ersatzvornahme ein Vollstreckungsakt, der zur Durchführung der aufsichtsbehördlichen Anordnung dient. Die Anordnung enthält jedoch keine Regelung der Rechtsstellung des Bürgers, da sie nur das besondere Verhältnis des Staats zu den Gemeinden betrifft und regelt. Greift also die Aufsichtsbehörde wegen Nichtbefolgung der Anordnung durch die Gemeinde mit einem Akt der Ersatzvornahme in die Rechtsstellung des Bürgers ein, so handelt es sich hierbei um einen hoheitlichen Akt, der erstmals die Rechtsstellung des Bürgers regelt und deshalb ihm gegenüber ein materieller Verwaltungsakt ist. Die Anordnung gegenüber der Gemeinde ist im Verhältnis zum Bürger kein Verwaltungsakt, sodass die der Anordnung folgende Ersatzvornahme ihm gegenüber keine Vollstreckungsmassnahme sein kann, da ihm gegenüber noch nichts geregelt wurde. Der Akt der Ersatzvornahme durch die Aufsichtsbehörde kann deshalb immer vom Bürger angefochten werden, wenn dadurch in seine Rechtsstellung eingegriffen wird, da er dann im Verhältnis zu ihm die rechtliche Regelung eines Einzelfalls kraft hoheitlicher Gewalt enthält.

Ein Eingriff in die Rechtsstellung Dritter wird durch die gesetzlichen Vorschriften über die Kommunalaufsicht, die die Ersatzvornahme regeln, der Kommunalaufsichtsbehörde weder vorgeschrieben noch gestattet, sodass die Rechtsstellung Dritter aufgrund dieser Vorschriften nicht geregelt werden kann. Massgebend sind dafür die für die Gemeinde geltenden Rechtsvorschriften, welche die Aufsichtsbehörde an Stelle der Gemeinde vollzieht. Bleibt die Aufsichtsbehörde im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften, die die Kommunalaufsicht und die

1) Die im 2. Abschnitt herausgearbeitet wurden.

Ersatzvornahme regeln, ohne im Zusammenhang mit anderen materiellrechtlichen Vorschriften, die für die Gemeinde gelten und die Rechtsstellung des Bürgers regeln, in die Rechtsstellung des Bürgers einzugreifen, so ist die Ersatzvornahme nur im Verhältnis zur Gemeinde ein formeller Verwaltungsakt. Nur die Gemeinde kann sie anfechten, wenn sie als Vollstreckungsakt einen Fehler enthält[1], Dritte haben dann keine Klagebefugnis zur Erhebung einer Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage.

D) Bestellung eines Beauftragten, Auflösung der Gemeindevertretung und Abberufung des Bürgermeisters

I) Die staatliche Aufsichtsbehörde kann unter bestimmten Voraussetzungen die Tätigkeit einzelner Gemeindeorgane oder der gesamten Gemeindeverwaltung ausschalten und durch einen Staatskommissar ersetzen. Die entsprechende Verfügung der Aufsichtsbehörde ergeht gegenüber der Gemeinde und ist ihr gegenüber ein Verwaltungsakt, da sie einen schwerwiegenden Eingriff in das kommunale Selbstverwaltungsrecht darstellt. Regelmässig wird ein Beauftragter bestellt, um entweder die Funktionen des Bürgermeisters oder des Gemeinderats oder beider zusammen auszuüben. Eine solche Bestellungsverfügung enthält immer zugleich auch einen Eingriff in die Rechts- und Amtsstellung des gewählten Bürgermeisters bzw. der gewählten Gemeinderäte, die ihre Amtsrechte fortan nicht mehr oder nur noch in beschränktem Umfang ausüben können. Das gilt auch dann, wenn die Verfügung nur an die Gemeinde und nicht auch persönlich an die betroffenen Organwalter gerichtet ist. Eine Bestellung eines Beauftragten durch die Aufsichtsbehörde wendet sich deshalb nicht nur an die Gemeinde, sondern gleichfalls an die betreffenden Organwalter der Gemeinde, deren persönliche Amts- und Rechtsstellung zugleich damit geregelt wird. Diese Regelung ist extern und betrifft selbständige Rechtspersonen, sodass darin ein Verwaltungsakt ihnen gegenüber zu sehen ist[2]. Dieser Personenkreis ist also neben der

---

1) Zur Anfechtungsbefugnis der Gemeinde vgl. Ludwig Schneider, Gemeinderecht in Hessen S. 107
2) Vgl. Hans-J. Wolff, VerwR I, § 46 VII a und b

Gemeinde berechtigt, die Bestellung eines Beauftragten im Klagewege anzufechten[1].
Andere Personen, denen gegenüber eine solche Regelung nicht erfolgt ist, haben keine Klagebefugnis. Ihnen gegenüber liegt kein Verwaltungsakt vor. So kann ein Gemeindebürger, der durch die Bestellung des Beauftragten persönliche Nachteile erwartet, etwa im Hinblick auf Gemeindesteuern, diese Bestellung nicht verwaltungsgerichtlich anfechten, da es ihm gegenüber sowohl an der Verwaltungsaktseigenschaft als auch an der Unmittelbarkeit der Rechtsverletzung fehlt.

II) Entsprechende Erwägungen gelten für die Aufsichtsmittel der Abberufung des Bürgermeisters und der Auflösung der Gemeindevertretung. Hier kommt der Eingriff in die persönliche Rechts- und Amtsstellung des Bürgermeisters bzw. der Gemeinderäte noch deutlicher zum Ausdruck, sodass deren Klagebefugnis zweifelsfrei ist. Andere Personen haben aus den bereits dargestellten Gründen aber keine Anfechtungsmöglichkeit, denn diese Aufsichtsverfügungen betreffen nur das Verhältnis des Staats zu den Gemeinden und gleichzeitig die persönliche Rechts- und Amtsstellung der betroffenen Organwalter.

E) Die Genehmigungsvorbehalte

Die Erteilung bzw. Versagung einer aufgrund eines gesetzlichen Genehmigungsvorbehalts vorgesehenen, staatlichen Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde ist im Verhältnis zur Gemeinde ein Verwaltungsakt[2]. Bedeutsam ist hier, dass es sich um Genehmigungsvorbehalte handelt, die den Kommunalaufsichtsbehörden im

---

1) Terminologisch handelt es sich nicht um einen Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, sondern um einen belastenden Verwaltungsakt mit Drittwirkung; vgl. Fromm, VerwArch Bd. 56 (1965) S. 26 f; Dörffler, NJW 1963, 15

2) Badura, DÖV 1963, 561 (569); E. Becker, HdbKWP, 1. Bd. 1956 S. 161; Bullinger, DÖV 1957, 761 ff (765); Dellmann, BaWü VBl 1966, 131 (133); Eyermann-Fröhler, Anm. 52 zu § 42 VwGO; Forsthoff S. 260; Gönnenwein, Lehrbuch S. 199; Helmreich-Widtmann, Art. 117 Anm. 3; Surén a.a.O. S. 904; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 42 Anm. IV 2 a; Hans-J. Wolff, VerwR I, § 47 I b; BVerwGE 16, 84 und 315; BVerwG v. 13.3.1967, DVBl 1957, 584; OVG Lüneburg, OVGE 7, 468

Bereich kommunaler Selbstverwaltungsangelegenheiten zustehen. Genehmigungsvorbehalte im Bereich der Sonderaufsicht sind nicht Gegenstand dieser Erörterungen, da sie nicht zur (allgemeinen) "Kommunalaufsicht" und damit zur Rechtsaufsicht gehören[1]. Schwierig ist die Klagebefugnis Dritter gegenüber der Erteilung oder Versagung einer Genehmigung zu beurteilen. Es sind hier verschiedene Fälle zu unterscheiden, in denen Dritte durch eine Genehmigung oder deren Versagung berührt sein können.

I) Die privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakte

Die häufigsten Fälle, in denen eine Klagebefugnis Dritter in Betracht kommen kann, treten bei den privatrechtlichen Rechtsgeschäften zwischen Gemeinde und Dritten auf, die zu ihrer Wirksamkeit der aufsichtsbehördlichen Genehmigung bedürfen. So muss bei der Aufnahme von Darlehen, bei der Übernahme von Bürgschaften oder Verpflichtungen aus Gewährverträgen durch die Gemeinde, die Aufsichtsbehörde diese privatrechtlichen Rechtsgeschäfte der Gemeinde genehmigen[2]. Auch die Veräusserung von bestimmten Gegenständen des Gemeindevermögens[3] bedarf grossenteils der Genehmigung[4].
Die Vertragspartner der Gemeinde, die mit ihr ein der Genehmigungspflicht unterliegendes Rechtsgeschäft[5] abgeschlossen haben, sind Dritte, nicht Adressaten der Genehmigung oder deren Versagung, denn die Genehmigung wird der Gemeinde erteilt und nicht dem Vertragspartner. Dieser wird dadurch aber unmittelbar in seiner Rechtsstellung berührt, denn durch Erteilung der Genehmigung wird das seither schwebend unwirksame Rechtsgeschäft[6] mit der Gemeinde endgültig wirksam, bei Versagung der Genehmigung nichtig[7].

---

1) In Einzelfällen können die Befugnisse der Aufsichtsbehörde bei ausdrücklicher gesetzlicher Regelung auch darüberhinausgehen, vgl. z.B. §§ 80 IV; 94 I bw GO
2) GO BW § 92, 94; Bay 83, 84; Hess 107; NS 98, 100'; NRW 78, 80; RP 86, 88; Saarl. 84 II,98, 100; SH 91, 93
3) Z.B. § 80 IV bwGO
4) Vgl. die Zusammenstellung der in den einzelnen Ländern recht unterschiedlich vorgesehenen Genehmigungsvorbehalte bei Surén a.a.O. S. 47 ff
5) Genehmigungspflichtig ist bereits das obligatorische, nicht erst das dingliche Rechtsgeschäft; Surén a.a.O. S. 47
6) RGZ 103, 104 (106)
7) RGZ 168, 346 (351); Bullinger a.a.O.; Gönnenwein, Lehrbuch S. 199; Surén a.a.O. S. 906

Das Erfordernis der unmittelbaren rechtlichen Aussenwirkung des Verwaltungsakts, das bei Beanstandungs- und Anordnungsverfügungen der Aufsichtsbehörde Dritten gegenüber regelmässig nicht gegeben ist, weil ihnen gegenüber noch ein ausführender, kommunaler Verwaltungsakt zu folgen hat, ist hier also gegeben, sodass eine Klagebefugnis des Vertragspartners daran nicht scheitern kann. Soweit der Vertragspartner nicht in irgendwelchen besonderen Rechten verletzt ist, ist er jedenfalls in seinem Recht auf Vertragsfreiheit gemäss Art. 2 Abs. 1 GG[1] beeinträchtigt, wenn die Aufsichtsbehörde durch Versagung der Genehmigung die endgültige Unwirksamkeit des mit der Gemeinde abgeschlossenen Rechtsgeschäfts, z.B. über den Kauf eines Waldgrundstücks der Gemeinde (§ 80 Abs. 4 bw GO), herbeiführt.

Es bleibt jedoch noch die Frage zu klären, ob die gesetzlichen Vorschriften, die der Kommunalaufsichtsbehörde das Recht zu derartigen Genehmigungen einräumen, nicht generell die Verwaltungsaktseigenschaft gegenüber dem Vertragspartner der Gemeinde, also Dritten, ausschliessen, da die hier in Frage stehenden Genehmigungsvorbehalte Massnahmen der Kommunalaufsicht sind und deshalb den Zwecken der Kommunalaufsicht, also der Regelung des Verhältnisses des Staats zu den Gemeinden, dienen.

Die gesetzlichen Grundlagen der Genehmigungsvorbehalte unterscheiden sich jedoch von den gesetzlichen Vorschriften, die den Aufsichtsbehörden das Recht zu Beanstandungs- und Anordnungsverfügungen einräumen. Während bei letzteren die Berührung der Interessen aussenstehender Dritter nach der gesetzlichen Regelung im Einzelfall rein zufällig ist, denn die Regelung ist ganz allgemein und setzt keineswegs voraus, dass etwa eine Massnahme der Gemeinde, die einen Dritten betrifft, beanstandet wird, sondern es kann jegliche rechtswidrige Massnahme der Gemeinde beanstandet werden, ist die gesetzliche Lage bei den Genehmigungsvorbehalten anders. Hier wird zwar auch in erster Linie das Verhältnis des Staats zu den Gemeinden geregelt, aber ein gesetzlich vorgeschriebener Genehmigungsvorbehalt

---

1) Vgl. dazu Maunz-Dürig, RdNr. 53 zu Art. 2 I GG; BVerwG in ständiger Rspr. seit E 1, 321 (323)

betrifft jeweils einen konkret umschriebenen Fall, der genehmigt werden muss. Soweit ein solcher Genehmigungsvorbehalt ein privatrechtliches Rechtsgeschäft der Gemeinde betrifft, wie z.B. die Veräusserung eines Waldgrundstücks, regelt das Gesetz nicht nur das Verhältnis des Staats zu der Gemeinde, sondern gleichzeitig auch das Rechtsverhältnis zu dem Vertragspartner der Gemeinde. Die Regelung gegenüber der Gemeinde ist zwangsläufig verbunden mit einer Regelung gegenüber dem Vertragspartner, denn soweit die Aufsichtsbehörde durch Erteilung oder Versagung der Genehmigung die Rechtsstellung der Gemeinde regelt, regelt sie gleichzeitig die Rechtssphäre des Vertragspartners. Das geschieht zwar nicht ausdrücklich gegenüber dem Vertragspartner, denn die Genehmigung wird der Gemeinde erteilt. Daraus folgt aber nicht, dass deshalb wie bei der Beanstandung oder Anordnung ein Verwaltungsinternum gegenüber dem Bürger vorliegt, denn hier wird unmittelbar durch die Erteilung oder Versagung der Genehmigung in die Rechtsstellung des Vertragspartners eingegriffen und diese geregelt.

Die Erteilung der Genehmigung bzw. deren Versagung ist deshalb ein privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt[1]. Aus diesem Grunde sind derartige Akte auch nicht lediglich zum Innenbereich der Staats- und Gemeindeverwaltung zu rechnen[2], sondern ihre Verwaltungsaktseigenschaft wird nicht nur gegenüber demjenigen anerkannt, der nach der gesetzlichen Regelung eine Genehmigung zur Wirksamkeit seiner Rechtshandlungen einholen muss, sondern auch gegenüber dem durch die Genehmigung oder deren Versagung gleichermassen betroffenen Vertragspartner[3]. Da dieser nicht Adressat des Verwaltungsakts ist, unterliegt er den Regeln über die Klagebefugnis Dritter. Weil die aufsichtsbehördliche Massnahme auch ihm gegenüber ein Verwaltungsakt ist und seine Rechtsstellung unmittelbar beeinträchtigt, falls die Genehmigung versagt wird, ist er zur verwaltungsgerichtlichen Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage nach § 42 VwGO befugt. Ob die Versagung der Genehmigung rechtswidrig ist,

---

1) Hans-J. Wolff a.a.O.
2) BGHZ v. 16.3.1951, DÖV 1952, 192, Zi. 42; Gönnenwein a.a.O.
3) Im Ergebnis ebenso: Gönnenwein a.a.O. S. 181, Forsthoff S. 260 f; Redeker v. Oertzen, RdNr. 83 zu § 42 VwGO; OVG Münster, DÖV 1960, 271

ob der Kläger also in seinen Rechten "verletzt" ist, ist eine weitere, nur für die Begründetheit der Klage massgebende Frage[1].

Da die Genehmigung nicht nur den Bereich des Staats und der Gemeinden betrifft, sondern darüberhinaus auch die Rechtsstellung des Bürgers regelt, soweit er Vertragspartner ist, zeigt sich dabei weiter, dass die gesetzliche Grundlage keine Beschränkung der rechtlichen Regelung auf bestimmte Adressaten oder Betroffene zum Gegenstand hat, sodass auch sonstige, durch die Genehmigung in ihren Rechten betroffene Dritte durch einen Verwaltungsakt beeinträchtigt sein können. Da die Verwaltungsaktseigenschaft der Genehmigung oder deren Versagung über das Verhältnis des Staats zu den Gemeinden hinauswirkt, und auch dem Vertragspartner gegenüber ein Verwaltungsakt vorliegt, kann die Verwaltungsaktseigenschaft anderen Dritten gegenüber ebenfalls nicht ausgeschlossen sein.

Soweit deshalb ein Dritter, der nicht Vertragspartner ist, etwa geltend macht, er sei durch die Erteilung der Genehmigung und damit verbunden eine Begünstigung des Vertragspartners der Gemeinde in seinen Rechten verletzt, gelten die allgemeinen Regeln über die Klagebefugnis Dritter. Dieser muss dann eine Rechtsbeeinträchtigung geltend machen können, er muss in seinen rechtlich geschützten Interessen beeinträchtigt sein. Ist das der Fall, dann ist die Klagebefugnis für eine Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage gegeben[2]. Die Schwierigkeit liegt hier nicht darin, ob dem Dritten gegenüber ein Verwaltungsakt vorliegt, sondern darin, wann er im Einzelfall in rechtlich geschützten Interessen verletzt sein kann.

II) Sonstige Fälle von Genehmigungsvorbehalten

Bei Satzungen[1] und Beschlüssen der Gemeinde, die zu ihrer Wirksamkeit einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung bedürfen, die aber kraft ihrer Rechtsnatur kein Verwaltungsakt gegen-

---

1) Ule, Verwaltungsprozessrecht S. 133
2) Im Ergebnis gleichfalls: Gönnenwein a.a.O. Anm. 16; Bullinger, DÖV 1957, 761; a.A. Heinz Paul, StuKV 1958, 196 ff
3) Vgl. für Haushaltssatzungen die Zusammenstellung der Genehmigungsvorbehalte bei Surén a.a.O. S. 548 ff (550)

über dem Bürger sind, kann auch eine gesetzlich vorgesehene Genehmigung der Aufsichtsbehörde nur ausnahmsweise ein Verwaltungsakt gegenüber dem Bürger sein, selbst wenn mit der Erteilung der Genehmigung die Satzung wirksam wird. Die Genehmigung betrifft lediglich den Innenbereich des Staats und der Gemeinde und hat keine darüberhinausgehenden, unmittelbaren Rechtswirkungen gegenüber dem Bürger. Ihm gegenüber wird kein Einzelfall geregelt. Anders ist es nur, wenn der genehmigte Akt ohne weiteren Vollzug mit seinem Wirksamwerden unmittelbar in die Rechtsstellung des Bürgers eingreift.

Bei staatlicher Genehmigung autonomer Satzungen ist es bis heute umstritten, ob die Genehmigung ein Verwaltungsakt oder ein Rechtssetzungsakt oder beides gleichzeitig ist.
Die wohl überwiegende Ansicht in Lehrbüchern und Kommentaren vertritt den Standpunkt, dass es sich um einen Verwaltungsakt handelt[1]. In neuester Zeit ist jedoch die Auffassung von der Doppelnatur derartiger Genehmigungen im Vordringen begriffen[2].
Danach sollen diese staatlichen Genehmigungen gegenüber dem autonomen Satzungsgeber Verwaltungsakte, im Verhältnis zu dem von der Satzung betroffenen Bürger Rechtssetzungsakte sein. So wurde die staatliche Genehmigung der Gebührenordnung einer Handwerkskammer nach § 100 Abs. 1 Nr. 4 HO vom Bundesverwaltungsgericht[3] als anfechtbarer Verwaltungsakt gegenüber der Handwerkskammer angesehen, während sie gegenüber

---

1) E. Becker, HdbKWP, Bd. I S. 161; Forsthoff S. 260 f; Gönnenwein, Lehrbuch S. 157; Obermayer in: Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern S. 275 f; Peters, HdbStR II 1932 S. 268; Ule, Kommentar, Anm. IV 2 a zu § 42; Helmreich-Widtmann, BayGO, Art. 117 Anm. 3; Peters, Lehrbuch der Verwaltung, 1949 S. 79; Redeker v. Oertzen, RdNr. 27 zu § 42 VwGO
2) Ihr folgen: Köhler, Anm. A IX 4 a zu § 42 VwGO; Dellmann, Zur Rechtsnatur der Satzungsgenehmigung, BaWü VBl 1966, 131 ff
3) BVerwGE 16, 83

dem Gebührenpflichtigen ein Rechtsetzungsakt sei[1]. Auch das OVG Lüneburg hat mehreren Entscheidungen die Theorie von der Doppelnatur zugrundegelegt[2].

Diese neuere Rechtsprechung mehrerer Verwaltungsgerichte wird in der Literatur bisher weitgehend abgelehnt[3] und hat sich noch nicht allgemein durchsetzen können.

Auch H.C. Nipperdey hat neuerdings die Rechtsnatur der Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Tarifverträgen dahin erläutert, dass im Verhältnis zu den betroffenen Aussenseitern ein unanfechtbarer Rechtsetzungsakt vorliegen solle, während den Tarifvertragsparteien gegenüber ein Verwaltungsakt anzunehmen sei[4].

Als Rechtsetzungsakt und nicht als Verwaltungsakt haben vor allem der Bay VGH[5], das OVG Lüneburg[6], das OVG Münster[7] und eingehend auch Bettermann[8] die Genehmigung einer autonomen Satzung durch die staatliche Behörde angesehen.

---

1) Das BVerwG hat die Auffassung von der Doppelnatur ferner in BVerwGE 16, 312 hinsichtlich der Genehmigung der Wahlordnung einer Industrie- und Handelskammer nach § 11 II IHKG 1956 vertreten. Vgl.auch BVerwGE 3, 258 (263) und OVG Koblenz in AS 3, 102

2) AS 6, 392; 7, 470; 10, 354. In eine ähnliche Richtung geht die Entscheidung des OVG Lüneburg, DÖV 1963, 150, zur staatlichen Genehmigung der Änderung von Gemeindegrenzen: Verwaltungsaktseigenschaft gegenüber den betroffenen Gemeinden, gegenüber den "Gebietsangehörigen" nicht anfechtbare Organisationsakte.

3) David, Die Satzungsgewalt der Gemeinden in Nordrhein-Westfalen, 1961 S. 80 ff; Badura, DÖV 1963, 561 (568 ff); Ingeborg Bock, Die Rechtsnatur der Genehmigung kommunaler Satzungen, BayVBl 1962, 369, jeweils mit umfangreichen Nachweisen; Bettermann, Nipperdey-Festschrift, Bd. II S. 723 ff (729); vgl. auch Gross, NJW 1965, 283

4) Die Rechtsnatur der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. I S. 211 ff und jetzt auch Hueck-Nipperdey-Tophoven-Stahlhacke, TVG 4. Aufl. 1964, § 5 Erl. 48 ff; a.A. Rolf Gross, Zur Rechtsnatur der Allgemeinverbindlicherklärung, NJW 1965, 283

5) N.F. 5 I 28 (36) und Bay VBl 1960, 289 mit zustimmender Anm. von Masson; ablehnend Menger, VerwArch. Bd. 52 (1961) S. 410 ff, aufgehoben durch BVerwGE 16,83

6) DÖV 1958, 548 (549)

7) AS 10, 184 (187)

8) A.a.O. 723 ff (729); ferner Eyermann-Fröhler, RdNr. 33 und 53 zu § 42 VwGO; Koehler, Anm. A III 5 zu § 42 VwGO, Georg Mörtel, Grenzfälle des Verwaltungsakts, BayVBl 1956, 321 - 323 und 362 - 366, insbesondere S. 362 ff; Ingeborg Bock a.a.O. S. 372

Sowohl die Meinung vom Doppelakt wie diejenige, die einen Rechtsetzungsakt annimmt, kann nicht voll befriedigen. Wenn die Gemeinde im Bereich ihrer Selbstverwaltungsangelegenheiten eine autonome Satzung schafft, die nach gesetzlicher Vorschrift der Genehmigung der staatlichen Aufsichtsbehörde bedarf, so handelt es sich bei einer solchen Genehmigung um präventive Staatsaufsicht, um Kommunalaufsicht, nicht um Sonderaufsicht. Die Erteilung der Genehmigung ist Wirksamkeitsbedingung für die autonome Satzung, sie oder ihre Versagung ist deshalb ein Verwaltungsakt gegenüber der Gemeinde. Es handelt sich lediglich um eine aufsichtsbehördliche Überprüfung der Rechtmässigkeit der gemeindlichen Satzung, also um die Ausübung verwaltungsmässiger Befugnisse, nicht um Rechtsetzung. Die Genehmigung ist nicht Bestandteil der genehmigten Satzung, sie ändert deren Charakter als autonome Rechtsquelle nicht, sondern bildet lediglich eine Wirksamkeitsvoraussetzung.

Die Satzungsgenehmigung und ihr Verhältnis zur genehmigten Satzung kann verglichen werden mit der Zustimmung nach §§ 182 ff BGB zum zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäft. Die Zustimmung ist ein besonderer Akt, der eigenen Regeln folgt und nicht Bestandteil des Rechtsgeschäfts ist, noch dessen Rechtsnatur teilt. Die Zustimmung bedarf vor allem nicht der für das Rechtsgeschäft vorgeschriebenen Form (§ 182 II BGB). Es bestehen deshalb keine Bedenken, hier die Verwaltungsakts-eigenschaft anzunehmen.
Es bedarf auch nicht der Konstruktion eines Rechtsetzungsaktes gegenüber den Bürgern, um deren Klagebefugnis auszuschliessen. Die Meinung Bettermanns[1] trifft nicht zu, dass bei Annahme eines Verwaltungsakts jeder durch die genehmigte Satzung beschwerte Normadressat die Genehmigung verwaltungsgerichtlich anfechten könne. David[2] und Badura[3] ist im Grundsatz zuzustimmen, wenn sie ausführen, dass der Bürger erst durch die Anwendung der Satzung auf ihn in seinen Rechten verletzt sein könne und nicht schon durch die Genehmigung gegenüber dem Satzungsgeber. Es fehlt regelmässig an dem Merkmal der Unmittelbarkeit

---

1) a.a.O. S. 729
2) a.a.O. S. 84
3) a.a.O. S. 569

der Rechtsbeeinträchtigung und an der Unmittelbarkeitswirkung des Verwaltungsakts gegenüber dem Bürger. Ein vom Bürger anfechtbarer Verwaltungsakt ist deshalb in der Regel nicht gegeben.

Die von Bettermann zur Begründung seiner Auffassung zitierte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze, die bei unmittelbarem Betroffensein des Bürgers durch ein Gesetz zulässig ist, kann seine Ansicht nicht stützen, da es sich hierbei um Ausnahmefälle handelt. Gesetze, die unmittelbar in die Rechtsstellung des Bürgers eingreifen und einen Vollzugsakt nicht voraussetzen, bilden nicht die Regel. Auch bei autonomen Satzungen ist die unmittelbare Beschwer ohne Vollzugsakt selten. In diesen besonderen Fällen muss der Bürger dann aber berechtigt sein, den Verwaltungsakt, der hier unmittelbar in seine Rechtsstellung eingreift, im Wege der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage anzufechten. Sie wird auch nicht durch die Möglichkeit der abstrakten Normenkontrolle ausgeschlossen, da der Bürger durch einen Verwaltungsakt in seinen Rechten beeinträchtigt ist und ihm deshalb die dafür vorgesehenen Rechtsschutzmöglichkeiten nicht verwehrt werden können. Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz durch Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen ist also nur in diesen besonderen Fällen zu gewähren.

Die staatlichen Genehmigungen autonomer Satzungen sind daher regelmässig Verwaltungsakte gegenüber der Gemeinde, die gegenüber den Bürgern keine unmittelbare Rechtswirksamkeit besitzen, da diese durch Inkrafttreten der Satzung nur mittelbar beschwert werden und erst durch deren Vollzug unmittelbar in ihren Rechten beeinträchtigt sein können. Im Verhältnis zum Bürger liegt deshalb in diesen Fällen kein anfechtbarer Verwaltungsakt mit unmittelbarer Rechtswirkung vor.

F) Das Informationsrecht und die übrigen Aufsichtsmittel

Das Informationsbegehren und die übrigen, bereits an früherer Stelle ausgeschiedenen Aufsichtsmittel folgen entsprechenden Regeln, wie sie bei den Aufsichtsmitteln der Beanstandung und Anordnung herausgearbeitet wurden.

Das Informationsbegehren betrifft ausschliesslich das besondere Aufsichtsverhältnis des Staats zu den Gemeinden. Es dient der Aufsichtsbehörde zur Überwachung der Gemeinde und hat mit der Rechtsstellung Dritter nichts zu tun. Wird deshalb in Ausübung des Informationsrechts eine Auskunft von der Gemeinde verlangt, die die Rechtsstellung Dritter irgendwie verletzt, so liegt im Verhältnis zum Dritten kein Verwaltungsakt vor, den er anfechten könnte. Das durch die Gemeinde anfechtbare Informationsbegehren ist ein Verwaltungsinternum für Personen, die ausserhalb des staatlich-kommunalen Bereichs stehen. Das ergibt sich aus den bei der Beanstandung und Anordnung dargelegten Erwägungen[1]. Wird die Rechtsstellung Dritter widerrechtlich verletzt, so bleibt hier aber im Einzelfall zu prüfen, ob dem Dritten ein mit der Leistungsklage zu verfolgender Beseitigungsanspruch zusteht[2].
Die Anfechtungsklage ist jedoch mangels Vorhandenseins eines Verwaltungsakts im Verhältnis zum Dritten ausgeschlossen. Entsprechende Erwägungen gelten für alle übrigen, in diesem Abschnitt noch nicht behandelten Aufsichtsmittel, soweit sie überhaupt gegenüber der Gemeinde Verwaltungsakte darstellen können.

---

1) Der Unterschied zur Ersatzvornahme besteht darin, dass dort die Aufsichtsbehörde an Stelle der Gemeinde andere materiellrechtliche Normen anwendet, die für die Gemeinde gelten, wenn sie in Vertretung der Gemeinde gegenüber dem Bürger im Aussenverhältnis tätig wird. Dort liegt deshalb eine "Regelung" gegenüber dem Bürger vor

2) Vgl. Bettermann, DÖV 1955, 528 ff; Menger, Gedächtnisschrift für W. Jellinek 1955, 347; Ule, Verwaltungsprozessrecht S. 102 und S. 114

G) Zusammenfassung:

1) Massnahmen der Beanstandung und Anordnung sind generell keine Verwaltungsakte gegenüber anderen Personen als den unmittelbar betroffenen Gemeinden.

2) Für die übrigen Aufsichtsakte der Kommunalaufsichtsbehörden gilt grundsätzlich dasselbe. Sie können deshalb von Dritten ebenfalls nicht angefochten werden, ausgenommen von den Betroffenen, deren Rechtsstellung durch den Verwaltungsakt gegenüber der Gemeinde gleichfalls unmittelbar - d.h. ohne Vermittlung eines kommunalen Vollzugsakts - geregelt wird. Dies ist möglich bei der Ersatzvornahme, wenn die Aufsichtsbehörde an Stelle der Gemeinde gegenüber einem Bürger einen Verwaltungsakt erlässt, der dann auch die Rechtsstellung dritter Personen berührt; bei den Genehmigungsvorbehalten, wenn ein schwebend unwirksames Rechtsgeschäft der Gemeinde mit einem Dritten durch Erteilung der Genehmigung voll wirksam oder durch Versagung der Genehmigung nichtig wird.

Alle sonstigen Genehmigungen von kommunalen Akten durch die Aufsichtsbehörde sind insoweit durch Dritte unanfechtbar, als sie noch eines gemeindlichen Vollzugsaktes bedürfen, um gegenüber dem Bürger endgültig wirksam zu sein. Das ist in der Regel bei den Genehmigungsvorbehalten - etwa der Genehmigung von Satzungen - der Fall.

Personen, an die ein aufsichtsbehördlicher Akt nicht förmlich gerichtet ist, fehlt deshalb regelmässig die Klagebefugnis gemäss § 42 II VwGO für eine Anfechtungs- und Verpflichtungsklage gegenüber der Aufsichtsmassnahme.

25. September 1968

L e b e n s l a u f

Am 3. Juli 1937 wurde ich als Sohn des Amtsgerichtsrats Dr. Viktor Vorbeck und seiner Ehefrau Friedel in Schwerin in Mecklenburg geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit. Im Jahr 1947 verzog ich nach Stuttgart. Ich besuchte in Stuttgart-Zuffenhausen das damalige Progymnasium und anschliessend das Gymnasium für Jungen in Stuttgart-Feuerbach. Dort machte ich am 7. März 1957 das Abitur. Im Sommersemester 1957 begann ich das Studium der Rechtswissenschaft an der Eberhard-Karls-Universität in Tübingen und bestand dort am 6. Juni 1962 nach zehn Semestern die Erste juristische Staatsprüfung. Nach Durchlaufen des juristischen Vorbereitungsdienstes des Landes Baden-Württemberg absolvierte ich am 7. Dezember 1966 die Zweite juristische Staatsprüfung. Heute bin ich als Gerichtsassessor in Stuttgart tätig.